

في الخلاف بين الإمامين الشافعي وأبي حنيفة

رحمهما الله

لأبي المظفر منصور بن محمد بن عبد الجبار السمعاني
التميمي المروزي الحنفي ثم الشافعي
المتوفى سنة ٤٨٩هـ

الجزء الرابع

« بقية ربع المعاملات »

تحقيق
الدكتور/ نايف بن نافع العمري
الأستاذ المشارك بالجامعة الإسلامية
بالمدينة المنورة

دار المنار

الطبعة الثانية

١٤١٧هـ - ١٩٩٧م

دار المنار للطبع والنشر والتوزيع
٩ شارع الباب الأخضر - الحسين
ت : ٥٩١٥٠٨٥



الاصطلام

في الخلاف بين الإمامين الشافعي وأبي حنيفة

رحمهما الله

(كتاب الوكالة)

مسألة :

التوكيل بالخصومة من غير رضا الخصم يجوز عندنا .[1]

وعند أبي حنيفة لايجوز .[2]

لنا :

إن التوكيل بالخصومة جائز بالإجماع ، بدليل انه إذا رضى به الخصم يجوز فإذا لم يرض فلا يبطل ، لأنه بترك الرضا متعنت ، والتعنت مردود في الشرع .

وإنما قلنا انه متعنت ، لأن التعنت طلب ما ليس له طلبه أو طلب زيادة بعد حصول مقصوده ، وإنما قلنا انه متعنت بترك الرضا ، لأن مقصوده بجوابه ليس هو عين الجواب ،وإنما المقصود معرفة إقراره وإنكاره حتى لو كان مقراً يؤمن بايصال حقه إليه وإن كان منكراً ليتمكن من إظهار حقه عليه بالبينة ولسانه ولسان وكيله في هذا المعنى واحد لايختلف بحال .

---

(١) انظر : المهذب : ٤٥٨/١ ، النكت ورقه ١٦٣/أ ، روضة الطالبين : ٢٩٣/٤ ، مغني المحتاج : ٢٢٠/٢ ، وبهذا قال الإمام أحمد ومالك ، قال ابن قدامة : " وبه قال : مالك ، وابن أبي ليلى ، وأبو يوسف ، ومحمد ، والشافعي . أ.هـ . المغني : ١٩٩/٧ ، الاشراف للبغدادي : ٢٦/٢ ، الأسرار : ١٦٢/٢/أ (مراد ملا) دوري : ٣٨٤/١ مع الجوهرة .

(٢) مختصر الطحاوي ص ١٠٨ ، مختصر القدوري : ٣٨٤/١ ، مع الجوهرة ، المبسوط : ٨/١٩ ، البدائع : ٣٤٥٠/٧ ، الأسرار : ١٦٢/٢/أ ـ ب (مراد ملا) ، رؤوس المسائل ص ٣٣٠ .

فدل ان المقصود بجوابه يحصل بجواب الوكيل كما يحصل بجوابه فهو إذا طلب جواب الموكل بلسانه يكون متعنتاً مُتَجَنياً فلم يقبل منه ذلك ، وهذا كالتوكيل بقضاء الدين من غير رضا مَنْ له الدين يجوز ، لأن مقصوده وصوله إلى حقه ويده ويد وكيله في هذا المعنى واحد لايختلف بحال ، فصار بترك الرضا بيد وكيله وطلب يده متعنتاً فلم يقبل منه ذلك ، كذلك هاهنا .

وأماحجتهم : / ١٣٥/ب

المدعي قد استحق على المدعى عليه جواب دعواه حقاً له فلا يملك نقل حقه المستحق عليه بغير رضاه إلى غيره .

دليله : إذا أحال بدينه على غيره بغير رضاه فإنه لايجوز ، كذلك هاهنا ، وهذا لأنه إذا كان الجواب حق المدعى وقد نقله إلى غيره فقد تصرف في حقه فلم يصح منه إلا برضاه كالدين سواء بسواء .

وإنما قلنا إنه استحق عليه الجواب حقاً للمدعى : أما استحقاق الجواب فلا إشكال فيه ، الا ترى ان القاضي يحضره ويطلب منه الجواب.

وأما الدليل على انه حق المدعى ان القاضي يطلب الجواب من المدعى عليه عند طلب المدعى وما يقف على طلب الآدمي يكون حقاً له ، ولأنه هو الذي ينتفع به .

ألا ترى انه يتمكن من إثبات حقه فدل انه حقه ، وهذا لأنه يجوز أن يكون صادقاً في دعواه فلاحتمال جهة الصدق وجب عليه الجواب حقاً له .

وربما يقولون : ان قوله محمول على الصدق ما أمكن إذ الأصل في الأخبار الصدق فالشرع أثبت لهذا الخبر جهة الصدق بهذا القدر ، لأنه

ليس فيه كثير ضرر على المدعى عليه ، لأنه يمكنه أن يحضر وينكر إن لم يكن عليه حق ويحلف ان طلب منه اليمين ، وليس هذا كأصل الحق حيث لايثبت على المدعى عليه بنفس الدعوى ، لأنا لو اثبتنا عليه الحق بنفس دعواه لأدى إلى ضرر عظيم ومفسدة عامة لا نهاية لها ، وهذا لايجوز بخلاف مسألتنا على ما سبق .

قالوا : وليس كما لو سقى أرضه فدخل الماء أرض جاره أو حفر بئراً في ملكه قرب أرض جاره ، لأنه متصرف في المسألتين في عين ملكه ، وفي مسألتنا متصرف في حق الغير على ما ذكرنا .

قالوا : وأما قولكم : ان حقه يصل إليه بالوكيل كما يصل بالموكل فيكون بترك الرضا متعنتاً لايصح هذا ، لأن حقه وإن وصل إليه ولكن هو بالتوكيل متصرف في حق الغير وتصرفه في حق الغير باطل بكل حال .

ثم قالوا : وهو المعتمد ، لانسلم انه متعنت بترك الرضا ، بل له غرض صحيح في تركه الرضا ، وَمَنْ له غرض صحيح في طلب شئ لايكون متعنتاً في طلبه .

وبيان ان له غرض صحيح في ترك الرضا هوز ان الناس يتفاوتون في الجواب تفاوتاً فاحشاً فمنهم مَنْ يكون سهل الجواب سهل الخصومة ، ومنهم مَنْ يكون شديد الجواب شديد الخصومة ، فإذا كان سهل الخصومة لين الجواب فسهولته ولينه يطمع صاحبه في إثبات الحق عليه ، وإذا كان شديد الجواب ألد الخصام فشدته وعسره تقطع طمع خصمه في إثبات حقه عليه ، وهذا شئ معلوم إذا رجعنا إلى العادات .

قالوا : فإن قلتم : ان الجواب كيف ما كان بوصف السهولة أو

بوصف الشدة فالموكل يملكه ، قال : بلى ، ولكن يملكه بقدر ما يطلقه الشرع ، فأما الوكيل فربما يزيد على قدر الجائز له توهماً منه انه محق في إنكاره فيستخرج الحيل المبطلة للحقوق ويستعملها فيه .

والحرف الوجيز في هذا لهم : انهم يقولون الموكل يجيب ولكن لايجوز له أن يزيد على قدر الجائز من الجواب ، وهو قد يعرف الجائز له ، وأما إذا وكل فلا يؤمن أن يزيد الوكيل على الجائز ظناً منه انه محق في إنكاره فإنه يجوز له دفع المدعى بكل حيلة ، فهذا غاية ما يقولونه في هذه المسألة .

قالوا : وخرج على هذا التوكيل بقضاء الدين ، لأن الدين حق معلوم محدود فلا يمكن الزيادة عليه فصار مَنْ له الدين بترك الرضا متعنتاً فلم يقبل منه .

وأما الخصومة فليس لها حد معلوم مقدر في الشرع ، وقد جرت عادة الوكلاء على باب الحكام بشدة الخصومة واستخراج الحيل التي تخفى على كثير من الناس ، ويخفى ذلك على القضاة أيضاً ، لأنهم يعرفون ظاهراً من الأمور ، ولايعرفون البواطن ، وإذا لم يكن له حد معلوم ولم يؤمن الزيادة فصار المدعى بترك الرضا دافعاً عن نفسه ما عساه يتوجه عليه بخصومة الوكيل ولايتوجه بخصومة الموكل فلم يكن متعنتاً بترك الرضا لوجود الغرض الصحيح .

وربما يقولون : التوكيل بالخصومة انما يجوز إذا كان المدعى مبطلاً ، فأما إذا كان محقا لايجوز ، لأن الخصومة مدافعة ومنازعة ، ودفع المحق عن حقه حرام ، ومنازعته فيه محظور ، فلا يعرف أن المدعى محق أو مبطل فلا يجوز التوكيل على التوهم .

قالوا : وأما جواب الموكل نفسه انما سمعناه ضرورة ، لأنه لايمكن أن لانسمع قول المدعى عليه ، فأما التوكيل فلا ضرورة في جوازه فلا يجوز مع التوهم ، والأول أحسن ./ ١٣٦/أ

وعبّر أبو زيد [1] عن ما قلناه ، وقال : التوكيل وان كان تصرفاً من الموكل في حقه لكنه يتناول حق صاحبه ، وفسّر التناول بما ذكرناه من قبل من إبطال حق ثابت أو إثبات حق لم يعرف له ثبوت ، وذلك بتفاوت المتخاصمين على ما سبق شرحه وبيانه .

الجواب :

انا نسلم ان الجواب مستحق على المدعى عليه ، لكنه لحق الشرع لا لحق المدعي، لأن بالدعوى لايجوز أن يستحق شئ ما ، ولئن جاز أن يستحق الحضور والجواب بالدعوى جاز أن يستحق نفس الحق .

وقد قالوا واعترفوا في مسألة الصلح على الإنكار انه لايثبت شئ في حق المدعى عليه ، وإن قالوا يثبت قالوا بذلك في حق المدعي .

فإن قالوا : وأيّ حق الشرع في حضوره وجوابه ؟

قلنا : دفع الخصومة ورفعها ، وهذا يصلح حقاً للشرع ، لأن الخصومات مفاسد وشرور ، والخير يجلب الخير ، والشر يجلب الشر ، والمفاسد يجب دفعها عن دار الإسلام حقاً للشرع فوجب الحضور في مسألتنا .

والجواب لقطع الخصومة بين هذين ، ورفع المنازعة بينهما يتضمن ذلك دفع مفسدة عن دار الإسلام ، وذلك حق الشرع ، وإنما وقف على طلبه ، لأنه لاتكون خصومة إلا بالطلب .

(١) انظر الأسرار : ١٦٢/٢ (مراد ملا) .

وقولهم : " إنه هو الذي ينتفع به ، لأنه يتمكن به من إقامة البينة " .

قلنا : عندنا يجوز إقامة البينة بكل حال ، ألا ترى انه إذا كان المدعى عليه غائباً يجوز له إقامة البينة ، ولايعرف انه منكر أو مقر ، وإنما القاضي يطلب إقراره وانكاره ليعرف جهة القضاء ، ويتبين له أطول الطريقين من أقصرهما على ما ذكرنا في مسألة القضاء على الغائب ، ثم يقال لهم : النفع الأعظم بالانكار للمدعى عليه ، لأن الدعوى إن كان في دين فإذا أنكر بقيت ذمته على البراءة الأصلية .

وان كانت الدعوى في عين فإذا أنكر بقى الدين في يده ملكاً له لاسبيل لاحدٍ عليه .

وأما الذي زعموا ان خبره محمول على الصدق ما أمكن فقد أجبنا عن هذا في مسألة الصلح على الإنكار ، وذكرنا ان المحتمل لايكون حجة في شئٍ ما ، هذا جواب وتمشيته ممكن .

الجواب الثاني : وهو الأولى ، وهو انا ان سلمنا أن الجواب وجب حقاً للمدعى فقد قال بعض أصحابنا :

وجب ولكن لاعليه لكن بلسانه أو بلسان الوكيل فأينما وجد فقد خرج عن ما عليه .

وهذا ليس بشئ ، لأنهم يقولون : الدعوى على المدعى عليه فيكون الجواب به متوجهاً عليه لا على غيره ، ولأنه إذا وكّل فالوكيل نائبه فكيف يقال انه لم يكن الجواب واجباً عليه على التعيين ؟، لكن الجواب المعتمد انه وإن وجب عليه لحق المدعى لكن ينظر إلى حقه ، ونحن نعلم قطعاً ان حقه ليس عين الانكار ، وكيف يكون دفعه عن حقه ، وانكاره حقه حقاً له ، لكن حقه معرفة جوابه على ما سبق ، وهذا بلسانه ولسان

وكيله واحد فصار التوكيل توكيلاً بايصال حقه إليه من معرفة جوابه ، فأشبه التوكيل بقضاء الدين سواء .

وأما الذي قالوه : ان الناس يتفاوتون في الجواب .

قلنا : هذا محال ، لأن الإنكار واحد من كل من يوجد ولايتصور الإنكار وهو الجواب .

وأما الصياح واستخراج الحيل فليس هو الجواب ، والكلام في الجواب اذ هو الواجب فحسب ثم يقال لهم : إن ثبت لكم التفاوت فالجواب بأيّ وجهٍ يوجد مملوك للموكّل فملك التوكيل فيه ألا ترى إنه لو بالغ بنفسه وشدد في الخصومة بنفسه فإنه يمكّن من ذلك .

فأما الذي قالوا ان الوكيل ربما يزيد على مقدار الجائز " .

والجواب عن هذا وعن الكلام الذي ذكروه عقيب هذا شئ واحد ، وهو ان الوكيل جائز بالإجماع ، ألا ترى ان الخصم إذا رضى به جاز ، وإنما جاز بناء على زعمه انه محق في الإنكار، وانه لاشئ على المدعى عليه ، وكذلك في جانب المدعى إنما يجوز توكيله بناء على زعمه انه محق في دعواه ولو اعتبر ما قالوه من الكلامين لم يحز أصل التوكيل ، لأن الزيادة على قدر الجائز لايجوز وإن رضى الخصم ، وكذلك الوكيل على توهم الجواز لايجوز وإن رضى الخصم فثبت قطعاً إن جواز التوكيل بناء على زعم الموكل ، فإذا كان وكيل المدعي يجوز له أن يثبت الحق بكل حيلة يمكنه من هذا ...... (1) إذا كان وكيل المدعى عليه يجوز له أن يدفع المدعي بكل حيلة يمكّنه .

---

(١) بياض في المخطوط .

وهذا جواب لايبقى للخصم معه متنفس ولاحيلة لهم في الخروج عن هذا الكلام أصلاً .

وأما فصل الحوالة .

قلنا : إن نظرنا إلى جانب المحيل فهو اسقاط / الدين الذي **١٣٦/ ب** للمحتال عن ذمته ، وإن نظرنا إلى جانب المحال عليه فهي تمليك المحتال ديناً من ذمته ولايتصور واحد منهما إلا بوجود الرضا ممن يسقط حقه أو يملك حقاً .

وأما في مسألتنا فليس في هذا إلاّ ايصال حق المدعي إليه بلسان الوكيل.... [1]

وأما سقوط الحق فلا يوجد أصلاً فبطل التعلق بمسألة الحوالة .

وأعلم أن كل ما ذكرناه فهو في جانب المدعى عليه وإن تكلمنا في جانب المدعي فيكون الكلام أظهر ، لأن دعواه خالص حقه بلا اشكال .

وغاية ما يقولون على هذا ان الناس يتفاوتون في الدعوى فمنهم مَنْ يكون شديداً في دعواه ، ومنهم مَنْ يكون سهلاً في دعواه فهو وإن وكّل في خالص حقه لكن يتناول جانب صاحبه .

والجواب ما سبق .

وربما يقولون : ان المدعى قد ينقلب مدعىً عليه في وسط الدعوى .

قلنا : إذا انقلب ينقلب معه ويستأنف الحكم على قضية الشرع ، فأما في الحال فهو مدعى بلا إشكال فلا يعتبر فيه التوهم الذي قلتم ، والله أعلم بالصواب .

---

(١) في المخطوط (وأما) مكررة مرتين .

((مسألة))

إقرار الوكيل على موكله باطل ولا فرق بين مجلس الحكم وغيره .[1]

وعند أبي حنيفة ومحمد : يجوز في مجلس الحكم ولايجوز في غير مجلس الحكم .[2]

وعند أبي يوسف : يجوز في الحالين .[3]

وقول زفر مثل قولنا[4] ، وزعموا انه القياس .[5]

لنا :

انه وكيل بالخصومة فلا يملك إلا الخصومة ، والإقرار ليس بخصومة ، لأن الخصومة عبارة عن المنازعة ، والمدافعة ، والإقرار مساعدة وموافقة فيكون ضد الخصومة ، ولايجوز أن يملك بالشئ ضده .

---

(١) مختصر المزني مع الأم : ٤/٣ ، المهذب : ٤٦٢/١، النكت ورقه : ١٦٣/أ ، روضة الطالبين : ٣٢٠/٤ ، وهو قول الحنابلة والمالكية .
قال ابن قدامه وبه قال : " مالك والشافعي ، وابن ابي ليلى " . المغني : ٢١١/٧ ، الإشراف للبغدادي : ٢٧/٢ .

(٢) مختصر القدوري : ٣٩٩/١ مع الجوهرة ، المبسوط : ٤/١٩ ، بدائع الصنائع ٣٤٥٦/٧ ، الاسرار : ١٦١/٢/ب (مراد ملا)، رؤوس المسائل ص ٢٣٤ .

(٣) مختصر القدوري مع الجوهرة : ٣٩٩/١ ، بدائع الصنائع : ٣٤٥٦/٧ ، المبسوط : ٤/١٩ ، الاسرار : ١٦١/٢/ب (مراد ملا) .

(٤) مختصر القدوري : ٣٩٩/١ مع الجوهرة ، بدائع الصنائع : ٣٤٥٦/٧ ، المبسوط : ٤/١٩ ، الاسرار : ١٦١/٢/ب (مراد ملا) .

(٥) المبسوط : ٥/١٩ ، الجوهرة على مختصر القدوري : ٣٩٩/١ .

يدل عليه من حيث الحكم : انه لو أقر في غير مجلس الحكم لايجوز ولو ملك الإقرار لَمَلَكَ في الحالين كالموكل ، ولأن الإقرار يكون واحداً في الموضعين .

وأما حجتهم :

قالوا : الإقرار جواب الدعوى فيملكه الوكيل بالخصومة مطلقاً .

دليله : الإنكار ، والدليل على انه جواب : أن الدعوى خطاب يخيره فجوابه التصديق أو التصديق ، فإذا كان التكذيب جواباً فيكون التصديق جواباً ، بل التصديق أولى أن يكون جواباً ، لأن التصديق أولى الجوابين .

وأما معتمدهم من حيث الفقه :

قالوا : التوكيل بالخصومة توكيل بجواب الخصومة مجازاً ، والإقرار جواب فيملكه لاعتبار العموم .

والدليل على أن التوكيل بالخصومة توكيل بجواب الخصومة ان التوكيل انما يصح من الإنسان لغيره فيما يملكه ، فأما الذي لايملكه فلا يجوز التوكيل فيه ، والذي يملكه المدعى عليه بكل حال هو الجواب فإن المدعى ان كان محقاً يجيب بالتصديق وإن كان غير محق يجيب بالإنكار ، فأما الجواب بالانكار بكل حال فلا يملك ، وإذا ثبت هذا فنقول : إذا وكّل بالخصومة لايجوز أن يحمل هذا الأمر على حقيقته ، لأن الوكالة عقد صحيح بكل وجه والخصومة غير مملوكة بكل وجه ، فلابد من العدول إلى المجاز ليصح العقد بكل وجهٍ ، فجعلنا التوكيل بالخصومة توكيلا بجواب الدعوى ليصح من كل وجهٍ ، وجهة جواز العبارة بالخصومة عن الجواب مجاز ، لأن الجواب جواب الخصومة ، والشئ سمى باسم ما يقابله بدليل قوله تعالى : (**وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ**

مِثْلُهَا) [1]

وبدليل قوله تعالى : (**فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ.....**) [2] ، ومعلوم ان الثاني ليس سيئة ولاعدوان ولكن سمى باسم ما يقابله على طريق المجاز ، كذلك هاهنا .

قالوا : ولايقال ان هذا استعمال اللفظ الواحد في الحقيقة والمجاز ، فإنه قد ملك الإنكار وهو خصومة حقيقية وملك الإقرار وهو خصومة مجازاً .

وعندكم : لايجوز أن يكون اللفظ الواحد متناولاً للحقيقة والمجاز جميعاً .

قال : هذا لايصح ، لأنا ما حملنا اللفظ الواحد على الحقيقة والمجاز ولكن قلنا صار اللفظ مجازاً عن الجواب ثم ملك الجواب أجرى على عموم الجواب .

ونظير هذا إذا حلف ان لايضع قدمه في هذه الدار فدخل حافياً أو متنعلاً أو راكباً أو ماشياً يحنث ، لأنه قد صرف عن حقيقته إلى جهة المجاز وهو الدخول ، ثم اليمين تناولت الكل بعموم المجاز كذلك هاهنا .

قالوا : وليس يلزم إذا استثنى الإقرار حيث لايجوز إقراره ، لأن التوكيل بالخصومة انما يصرفه إلى ما يملكه من الجواب إذا لم يصرح بما يمنع صرفه إليه ، وهناك قد صرح بما يمنع صرفه إليه ، لأنه لما استثنى الإقرار لم يبق إلا الإنكار فكأنه صرح بالتوكيل بالإنكار فلا يمكن صرفه

---

(١) سورة الشورى آية (٤٠) ، وقد استدل بهذا الدبوسي في أسراره : ٢/١٦١/ب (مراد ملا) .

(٢) سورة البقرة آية (١٩٤) .

إلى الجواب بل يقال للوكيل ان جاز لك الإنكار فانكر وإلا فأخرج نفسك عن الوكالة .

وأما هاهنا لم يصرح بما يمنع صرف اللفظ الى المجاز فصرفنا حتى يكون توكيله المطلق / مصادقاً فأما يجوز من كل وجهٍ ، وأما هناك **١٣٧/أ** فهو توكيل مقيد فيجوز أن يحكم بصحته من وجهٍ لا من وجهٍ .

قالوا : ونظير ما قلنا العبد بين شريكين إذا باع أحدهما نصيبه ينصرف إلى نصيبه ليكون تصرفه فيما يجوز ، ولو باع نصفه من النصيبين أو باع نصيب صاحبه لم يجز [1] ، لأنه قد صرح بما يمنع صرفه إلى نصيبه خاصة ، كذلك هاهنا .

قالوا : وليس يلزم إذا أقر في غير مجلس الحكم حيث لايجوز ، لأنا إنما جوّزنا إقراره لأنه جواب الخصومة فيقيد بمجلس الخصومة وهومجلس القاضي ، فأما الموكل فإنما جوزنا إقراره ، لأنه جواب الخصم لكن بأصل حريته ومالكيته فلم يتقيد بمكان دون مكان .

قالوا : وليس يلزم الصلح والإبراء ، لأنه ليس بجواب الخصم بل هو عقد مبتدأ ، ألا ترى أن القاضي يطالب منه الجواب بالتصديق أو التكذيب ، ولايطالب منه الصلح ولا الإبراء .

قالوا : ولايلزم الأب والوصي إذا أقر على الصبي لأن ذلك جواب الخصم غير أنه لايملكه ، لأن الله تعالى قيّد تصرفهما بشرط الأحسن لليتيم ، وليس الأحسن لليتيم أن يقر عليه .

---

(١) انظر الأسرار : ٢/١٦١/ب (مراد ملا) .

فإن قلتم انه أحسن له في الآخرة ، بلى ، ولكن أمر الآخرة قد وضع عنه لصغره إلى أن يبلغ ثواباً وعقاباً فاعتبر الأحسن في الدنيا خاصة ، وقد بينّا انه ليس من الأحسن في أمر الدنيا أن يقر عليه بمالايعرف وجوبه .[١]

قالوا : وليس يلزم الوكيل بالخصومة في القصاص وحد القذف ، لأنه قام دليل على المنع من الإقرار وهو ان الثابت به ما يندرئ بالشبهات ، ونحن انما صرفنا اللفظ إلى الجواب على طريق المجاز ، فلا يخلو من نوع شبهة ، هذا كله في جانب المدعى عليه .[٢]

قالوا : وأما المدعى إذا وكّل بالخصومة فهو يملك الإقرار أيضاً بعد الشروع في الدعوى بأن ادعى المدعى عليه إبراء المدعى أو استيفائه فصدقه الوكيل صح ذلك .

وأما إذا أقر ابتداءً على موكله ببطلانه في دعواه اختلفوا فيه : -

- فقال بعضهم[٣] : يملك ويصير التوكيل بالخصومة توكيلا بتبيين الحق وإظهاره مجازاً على ما سبق فربما يكون الحق هو قَبلَه[٤] الوكيل .
- ومنهم من قال : لايملك الوكيل أن يعترف على موكله بإبطاله في دعواه ابتداءً ، لأنه حينئذ يكون رداً لأصل الوكالة فلابد من الشروع في الخصومة على ما يقتضيه التوكيل ، ثم ان أقر بعد

---

(١) المصدر السابق : ٢/١٦٢/أ (مراد ملا) .

(٢) انظر الأسرار : ٢/١٦١/ب (مراد ملا) ونقل الإجماع على ذلك .

(٣) وهو قول أبي يوسف ، انظر : مختصر القدوري : ١/٣٩٩ .

(٤) كذا في المخطوط ولعل صحة العبارة (هو ما قبله ....) .

ذلك يجوز .[1]

والمسألة في نهاية الإشكال عليهم ، وهذا الذي ذكرناه لهم قدر الممكن . وقد تعلق كثير من مشايخهم بسماع البينة ، وقالوا : الإقرار معنى يسقط الخصومة فيملكه الوكيل .

دليله : إقامة البينة وسماعها .

الجواب :

قولهم " ان الإقرار جواب الخصم " .

قلنا : بلى ، ولكن لا بالخصومة بل بضدها ، وهو إنما وكّل بالخصومة فلا يملك بها ضدها .

وأما قولهم " انه توكيل بجواب الخصم على طريق المجاز " .

قلنا : لايجوز العدول إلى المجاز إلا بدليلٍ ، فأما دليلهم يقال بطريق المجادلة ، وهو وكيل بالخصومة ، فإن عرف ان الخصومة جائزةٍ له يفعلها وإلا يخرج نفسه عن الوكالة فيترك الموكل جانباً .

ونظيره إذا استثنى الإقرار ، وإذا جعلناه هكذا لايحتاج إلى صرف اللفظ من الحقيقة الى المجاز بل هو مقر على الحقيقة .

وقولهم : " ان التوكيل جائز بكل وجهٍ " .

قلنا : الوكالة عقد شرعي فيجوز على ما يجوّزه الشرع ، والشرع يجوّز الإنكار إذا لم يعرف ان المدعى محق ، فأما إذا عرف ان المدعى محق فلا يجوز له الإنكار ، فلايجوز هذا العقد على مكابرة الشرع والعقل ، بل يجوز على مايوافق الشرع وهذه مجادلة حسنة جداً .

---

(١) وهو قول أبي حنيفة ومحمد ، انظر : مختصر القدوري : ٣٩٩/١ .

فأما على المفاقهة نقول : عقد الوكالة قد جاز من كل وجهٍ مع تقرير الخصومة على حقيقتها ، لأن عقد الوكالة ينبني على زعم الموكل في الشرع .

والدليل عليه : ان المدعى إذا وكّل انساناً بالدعوى يجوز له الدعوى من غير أن يبحث انه محق أو مبطل بل يدعي بناء على قوله انه محق في الدعوى ، وكذلك إذا وكل المدعى عليه بالانكار يجوز له الإنكار من غير بحث انه محق في انكاره أو مبطل بل ينكر بناء على قوله " انه مبطل في دعواه ، وإذا ثبت هذا الأصل فقد جاز التوكيل من كل وجه بالخصومة وهي المناكرة ولاتحتاج الى صرف اللفظ الى المجاز بوجهٍ ما ، بل يترك على حقيقته وأجرى على المسامحة على ما بينا .

وهذا جواب قطعي لايأتي عليه اعتراض ثم يقول ان سلمنا لكم انه وكيل بجواب الخصم فلا يملك الإقرار أيضاً .

ونقول لو / صرّح بالوكيل بجواب الدعوى لايملك الإقرار أيضاً ، وإنما **١٣٧/ب** قلنا ذلك ، لأن العرف محكم على المعاملات خصوصاً في الوكالات بدليل انه لو وكلّ إنساناً بشراء الفحم في الشتاء ثم جاء الصيف ينعزل .

ولو وكل بشراء الجمد في الصيف ثم جاء الشتاء ينعزل ، ولايجوز أن يشتري ، وإذا ثبت ان العرف محكم فليس من العرف أن يوكل ليقر بل العرف انه يوكل لينكر ، وهذا عرف عام لايوجد خلافه بحال ، وهذا لأن التوكيل حقيقته استعانة بالغير في تصرف يفعله ، وإنما يستعين الإنسان بغيره فيما يعجز عنه فأما فيما يقدر عليه بنفسه في الحال فلا .

يدل عليه : انه لو وكّل غيره بالإقرار ، وصرح به يصير مقراً في الحال ، فكيف تصح من الوكيل النيابة في الإقرار ، والتوكيل به صريحاً لايتصور .

وإن قلتم لايصير مقراً ما لم يقر الوكيل فمحال ، لأن التوكيل بالاعتراف، دليل على الإعتراف ، لأنه لايجوز أن يوكل بالإعتراف إلا معترف ، وهذا لأنه ليس بانشاء تصرفٍ حتى تصح الاستنابة فيه انما هو إخبار بواجب عليه ، فإذا قال : أخبر المدعى بوجوب هذا الحق عليّ فلابد من الوجوب ليصح الأمر بالاخبار كالرجل يقول : اخبر فلاناً بأن زيداً في الدار ، فلابد أن كون زيد في الدار حتى يصح الأمر بالاخبار، وإذا ظهر الوجوب بهذا الطريق يصير مقراً قطعاً وإذا صار مقراً ، لم يصح التوكيل بالإقرار انما يكون إخباراً بإقراره لا إقرار عليه .

وكذلك نقول في الإنكار ، فإنه إذا وكّل بالإنكار يكون منكراً .

فدل ان الإستنابة في الإقرار والإنكار لاتتحقق أصلاً ، وإنما يتحقق الوكيل بالخصومة فحسب إلا انه ملك الإنكار ، لأنه خصومة ، أو لأنه لاتتصور خصومة إلاّ معه ، والإقرار ليس بخصومة على ما سبق فلا يملكه فجاء مما قلناه كلامان :

أحدهما : ان الإقرار مستثنى عنه عرفاً فصار كالمستثنى صريحاً .

والآخر : ان التوكيل بالإقرار لما لم يتحقق وليس بخصومة لم يملكه الوكيل ، والإنكار ملكه ، لأنه لايتصور خصومة إلا بمناكرة فملك لهذا ، وهذا كلام يصلح الإعتماد عليه ابتداءً .

فإن قالوا : لو أراد أن لايقر لنهاه صريحاً " .

قلنا : قد حصل النهي عنه عرفاً فاستغنى عن التصريح كمسألة نقد البلد .

والجواب الأول أحسن .

وأما تعلقهم بفصل سماع البينة وإقامتها .

قلنا : هو من الخصومة ، لأنه إن أقيم عليه البينة فقد حاجّه صاحبه بحجة مَنْ يخاصم ، وإن أقام هو البينة فقد حاجّ خصمه بحجة مَنْ يخاصم فهذا عين الخصومة ، فأما إذا أقر فقد استسلم وانقاد لخصمه فكيف يكون مخاصماً معه ؟ مثل الإنسان يكون مناظراً مع صاحبه إذا خالفه فأما إذا وافقه فلا .

وقولهم " **انه يرفع الخصومة** " .

قلنا : بل ، ينهي الخصومة ، لأنه إذا سمع عليه البينة وأقام هو البينة فقد انتهت الخصومة ، والشئ إذا فعله الإنسان إما بنفسه أو نيابة عن غيره فلابد أن يكون له آخر . وهذا آخر الخصومة ونهايتها ، فأما الإقرار فهو فعل ضد الخصومة بالتوكيل بالخصومة وهذا لايجوز بحال . والله أعلم بالصواب .



((مسألة))

الوكيل بالبيع لايملك البيع الا بثمن المثل وبنقدٍ ، ولايملك بيعه بعرض . [1]

وعند أبي حنيفة : يملك بما عَزّ و هان حالاً وبزمان بأيّ ثمنٍ كان . [2]

لنا :

انه وكيل مخالف ، فلا يصح خلافه على موكله .

دليله : إذا وكّل بالبيع فوهب ، وإنما قلنا " انه مخالف " لأنه وكيل بالبيع وإذا باع بغبن فاحش ، فالمفعول بيع من وجه تبرع من وجهٍ فيكون مخالفاً .

وأما قولنا " **بيع من وجه** " فلا اشكال فيه .

وقولنا : " تبرع من وجه " فالدليل عليه انه لايصح البيع بغبن فاحش إلاممن يملك التبرع ، فأما من لايملك التبرع وان ملك البيع لايصح بيعه بغبن

---

(١) مختصر المزني :٩/٣ ، المهذب : ٤٦٦/١ ، النكت ورقه ١٦٥/أ ، وبه قال المالكية والحنابلة ، قال ابن قدامة : " وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد " أهـ . المغني : ٢٤٧/٧ ، الاشراف للبغدادي : ٢٨/٢ ، مختصر القدوري مع الجوهرة : ٣٩٤/١ ، ٣٩٥ ، بدائع الصنائع : ٣٤٦٣/٧ ، المبسوط : ٣٦/١٩ .

(٢) مختصر الطحاوي ص ١١١ ، ١١٢ ، مختصر القدوري مع الجوهرة : ٣٩٤/١ ، ٣٩٥ ، المبسوط : ٣٦/١٩ ، البدائع : ٣٤٦٣/٧ ، رؤوس المسائل ص ٣٣٦.

فاحش بدليل بيعه بغبن ، الأب والوصي والمريض والمكاتب ان سلموا ، فلما لم يصح البيع بغبنٍ إلا ممن يملك البيع تارة والتبرع أخرى . دل انه بيع من وجه تبرع من وجهٍ لأن التبرع بذل مال بلا عوض ، وهذه الزيادة في البيع بغبنٍ وإن كان بإزاء مال تسمية فليس بإزاء مالٍ حقيقة .

ألا ترى انه إذا فقد التسمية وجاء الأمر إلى البدل الشرعي الذي هو مبني على تعديل العوض بالمعوض مالية ، فإنه لاتجب هذه الزيادة بحالٍ ، فثبت ما قلناه " انه بيع من وجهٍ تبرع منه " لأنا ان نظرنا إلى التسمية صورة فهو بيع وان نظرنا إلى الحقيقة فهو بذل مال .

واستدل الأصحاب بفصل العادة وقالوا : العادة محكمة في المعاملات خصوصاً في الوكالات .

أما في المعاملات بدليل انه لو باع بألف درهم ينصرف الى نقد البلد رجوعاً / الى العرف والعادة . ١٣٨/أ

وأما في الوكالات فقد قالوا : لو وكّل بشراء الطعام ينصرف إلى الحنطة ودقيقها لأجل نحاة العراق .

وقالوا : إن ببغداد يسمى سوق الحنطة سوق الطعام .

ويدل عليه مسألة الفحم والجمد على ما عرف .

وكذلك قالوا : لو دفع دراهم يسيرة إليه ليشتري بها طعاماً ينصرف إلى الخبر فإن دفع دنانير أو دراهم كثيرة ينصرف إلى الحنطة وكان ذلك باعتبار العرف أيضاً .

وإذا ثبت تحكيم العرف فهو يوجب تقييد الوكالة بثمن المثل فصار كما لو قيد لفظاً .

وعندي ان الإعتماد على الطريقة الأولى .

وأما حجتهم :

قالوا : وكيل موافق فيجوز فعله على موكله .

دليله : إذا باع بثمن المثل ، ودليل الموافقة انه مأمور بالبيع ، والمفعول ههنا بيع ، لأنه قال : بعت كذا بكذا " .

وانما يوجد شرعاً ما يفعله بالمعاقدة لفظاً،والذي فعله هو البيع ، لأنه تلفظ به فيكون الموجود شرعاً هو البيع أيضاً .

يدل عليه : ان حدّ البيع : مبادلة المال بالمال على ضد وضع التبرع لأنه بذل مال بلا مال .

وفي مسألتنا وجدت مبادلة المال بالمال بدليل ما ذكرناه من قوله " **بعت كذا بكذا** "، وهذا نص في انه مبادلة مال بمال .

وإذا ثبت هذا فنقول :

تقييد الأمر بثمن المثل وهو مطلق في نفسه تغييره ، والتغيير بهذا الوجه ، قد بينا انه نسخ ، والنسخ لايجوز إلا بدليل . وهذا وان لم يسمّ نسخاً لكنه تغيير الأمر بلا اشكال .

وكما لايجوز تغيير امر الله تعالى إلاّ بدليل قاطع لايجوز تغيير أمر العباد أيضاً .

واستدلوا : في انه بيع من كل وجه بأنه لو حلف أن لايبيع فباع بهذا الوجه حنث ، ولأن البيع له ثلاثة أوصاف يقال : بيع رابح ، وخاسر ، وعدل ، فعلى أيّ وجهٍ كان فهو بيع ، ولأن الربح مقصود في التجارة فلايجوز أن يصار إلى ان الربح المقصود إذا حصل يخرج العقد عن كونه بيعاً ويصير شيئاً آخر .

قالوا : ولايجوز أن يقال انه إذا باع بغبن فاحش يعتبر خروج

الزيادة من الثلث دل انه تبرع ، لأنا لم نعتبر خروجها من الثلث لأنه تبرع ، لكن لأجل ادخال الضرر على الورثة ببيعه ، وهو ممنوع من ادخال الضرر على الورثة سواء كان ذلك الضرر بتبرع أو بيع .

قالوا : وأما قولكم " انه لايصح البيع بغبنٍ فاحشٍ إلا ممن يصح منه التبرع " ، ليس كذلك فان المكاتب والعبد المأذون والصبي المأذون يصح منهم البيع بغبنٍ فاحش ولايصح منهم التبرع .

فأما الأب والوصي فإنما لم يجز منهما ذلك لا لأجل أنهما لايملكان التبرع ، بل ، لأن تصرفهما مقيد بشرط الأحسن بنص الكتاب ، وليس من الأحسن أن يؤمر بالبيع فيبيع بالغبن .

وأما المريض لايملك البيع بالغبن ، لا لأنه لايملك التبرع لكن لأنه تصرف تصرفاً ادخل به الضرر على الورثة ، وهو ممنوع من تصرف يضر بالورثة سواء كان بالتبرع أولا بالتبرع .

قالوا : والدليل على ان المريض إذا باع بالغبن فهو بائع وليس بمتبرع ان المشتري يقال له : إما ان يوفر الثمن الذي هو ثمن المثل أو يفسح البيع ، ولو كان تبرعاً لم يكن سبيل إلى الفسخ .

واعترضوا على قولنا " انه يقيد الأمر بثمن المثل بالعرف " .

قالوا : لو تقيد به في الوكالة لتقيد به في الثمن ، وبالإجماع لو حلف أن لايبيع فباع على هذا الوجه يحنث ، وهذا لأنه انما لم يتعارف هذا البيع استعمالاً ، فأما اسماً فهو متعارف ، لأن كل الناس يسمونه بيعاً ويعرفونه بيعاً ، وإذا عرف بيعاً دخل تحت الأمر وان لم يعرف استعمالاً .

ألا ترى انه لو حلف ان لايأكل لحماً فأكل لحم الآدمي أو لحم ميت يحنث ،

لأنه يسمى لحماً عرفاً وان لم يكن كسائر اللحوم في الأكل استعمالاً .

قالوا : وإذا ثبت انه يسمى بيعاً عرفاً فلابد من دخوله تحت الأمر بالبيع ولاينظر إلى فقد الإستعمال ، كما لو حلف ان لايبيع فباع بغبنٍ يحنث ، وينظر إلى دخوله في اسم البيع عرفاً وان فقد استعمالاً ، وهذا لأن في العمومات يعتبر اللفظ وشموله للمسميات ، لأن اللفظ هو الذي ينظمها .

فأما تعارف الاستعمال فلا معنى لاعتباره ، لأنه سواء يجري التعارف باستعماله أو لم يجر ، فإذا استعمل يصح لدخوله تحت اللفظ ، كما لو نص .

قالوا : وأما مسألة نقد البلد :

فعندنا : انما انصرف الثمن المطلق إليه لأجل تصحيح العقد غير إنه صار أولى من سائر النقود لأجل غلبة الإستعمال فلم يكن الصرف إلى نقد البلد بمجرد العرف .

قالوا : وكذلك إذا وكّل بالبيع بألفٍ ينصرف إلى نقد البلد لأجل تصحيح الوكالة .

وأما في مسألتنا فالبيع بكل قدرٍ صحيح ، والاسم متناول للكل على وجهٍ واحدٍ

وانما الخلاف في الإستعمال ، والمعتبر عموم / الاسم بدليل مسألة **١٣٨/ب** الحلف فإنه ينظر فيه إلى عموم الاسم ولم ينظر فيه إلى الاستعمال .

وهذا هو الإشكال على هذه الطريقة .

قالوا : وأما مسألة الوكيل يشرى الطعام ، فإنما انصرف إلى الحنطة ودقيقها لأجل ان الاسم في العرف لايتناول غيره .

ومسألة الفحم والجمد منعوا على قول أبي حنيفة .

قالوا : وليس كما لو وكّل بالشراء فاشترى بأكثر من ثمن المثل حيث لايجوز ، لأنا انما نسلم في العبد المطلق الذي يمكن شرائه لنفسه ، وأما إذا كان معيناً ولايمكنه شرائه لنفسه فإنه يجوز على موكله بكل حال ، وفي العبد المطلق انما لم يجز لالعدم دخوله تحت الاسم بل لأجل انه متهم في هذا الشراء ، والوكيل أمين وموضع التهمة لايتناوله عقد الامانة .

وبيان التهمة : انه يجوز أن يكون اشتراه لنفسه فلما نظر وارتاب ولم يقع بموافقته أظهر انه اشتراه لموكله وهذا لايوجد في البيع فجاز فعله على موكله كيف باع .

وخرجوا على ما قلنا إذا باع من أبيه وأمه حيث لايجوز عند أبي حنيفة، لأنه متهم في البيع منهما ، وقد بيّنا ان الوكالة امانة فتخرج من موضع الخيانة من عقد الأمانة .

وأما في مسألتنا فلا تهمة في البيع من الأجنبي سواء باع بثمن المثل أو أقل أو أكثر ، واللفظ قد يتناول الجميع على وجه واحد على ما سبق فوجب أن يجوز بيعه بكل حال .

قالوا : وإذا ثبت هذا الحكم وهو جواز البيع من الوكيل بما عزّ وهان أيضاً بنقدٍ وبزمان ، لأن الكل بيع وهو متعارف أيضاً وهو بيع من كل وجه أيضاً ، وكذا جاز بأيّ ثمن كان . لأن العقد فيما يرجع إلى ما يخرجه عن ملكه بيع ، وإنما هو شراء فيما يرجع إلى العوض الذي يقابله .

والمعتبر عموم الاسم فيما أضيف إليه اسم البيع وهو الذي يخرجه

عن ملكه . فأما الذي يدخله في ملكه فهو بمنزلة التبع لهذا .

الجواب :

قولهم : " **انه وكيل موافق** " .

قد دللنا على انه مخالف في حجتنا ، والمعتمد في بيان الخلاف انه مأمور بالبيع من كل وجه ، والمفعول بيع من وجه تبرع من وجه .

فأما قولهم " انه قال بعت كذا بكذا ، وقولهم " ان حدّ البيع مبادلة المال بالمال ، وقد وجد بقوله " بعتك كذا بكذا " .

قلنا : هذا كله بيان وجود البيع تسمية وصورة ، ونحن لاننكر انه بيع تسمية ، ولكنه تبرع حقيقة بدليل ما بينا ، وصورة ما قلنا انه إذا باع عبداً يساوي ألفاً بخمسمائة فهي في نصف العبد متبرع حقيقة ، وإن كان بائعاً تسمية ، فأما في النصف الآخر بائع حقيقة وتسمية ، وإنما قلنا ذلك ، لأن البيع عقد مبادلة بمال فكما ينظر الى أصل المال ينظر إلى قدر المال ، لأن الكل مقصود مطلوب .ولهذا اعتبر إعلام قدره بالإشارة في بيع العين أو الخبر في بيع الوصف .

وإذا عرف هذا فعند النظر الى أصل المال يكون مبادلة المال بالمال وعند النظر إلى قدر المال يكون نصف العبد مالاً بمالٍ ، فأما النصف الآخر يكون مبذولاً بلا مالٍ فثبت بهذا التقدير ما ادعيناه قطعاً .

وأما قولهم : " **ان البيع له ثلاثة أوصاف** " .

قلنا : البيع من كل وجهٍ له وصف واحد ، وقد سبق الدليل عليه ولايحصلون في هذا إلا على مجرد الدعوى .

وأما قولهم " ان المقصود من البياعات طلب الربح " .

قلنا : بل ، المقصود الذي وضع له العقد في الشرع هو تحصيل

شئ بشئ ، وان شئت قلت المقصود من الشراء تحصيل الوصول الى الأعيان ، والمقصود من البيع الوصول إلى الأثمان ، فأما الربح فانما يوصل إليه بأسباب وحيل على ما يعرف في المعاملات ولانقول ان أصل العقد شرع لأجله ، لكن شرع لما بينا غير انه يتوصل الى الربح بطريق زائد .وأما المسألة التي تعلقوا بها وهي مسألة الحلف على ترك البيع ، فهي مسألة مشكلة على طريقة مَنْ يستدل بالعرف ، خارجة على هذه الطريقة التي اعتمدنا عليها ، لأنا قلنا بيع من وجه تبرع من وجه فحنث لوجود البيع ، وإن كان تبرعاً من وجه ، ولهذا نقول أيضاً انه لو حلف أن لاتبرع على فلانٍ بشئ ثم باع منه بالمحاباة يحنث لوجود التبرع من وجه .وعلى الجملة نقول : هو بائع متبرع فحنث في كلا اليمينين وحين وصلنا الى هذا الموضع فقد استمرت الطريقة ، وخرّج عليها ما ذكروا من الأسولة .وعلى هذا لو باع نسيئاً لايجوز ، لأنه مبادلة مال بمال من وجه واسقاط من وجهٍ على ما عرف أن التأخير أخ الإسقاط .

ولهذا لو شهد الشهود بالتأجيل في الدين ثم رجعوا ضمنوا .

وعلى هذا إذا باع بعرضٍ لايجوز ، لأنه أمره ببيعٍ من كل وجه وإذا باع بعرض/ فهو بيع من وجهٍ شراء من وجهٍ، فإن البيع مبادلة **١٣٩/أ** مال بمال ، فإن نظرنا الى هذا العرض فهو بيع ، وان نظرنا إلى العرض الثاني فهو شراء ، فلما اختلف على هذا الوجه لم يجز .

وأما الذي اعتذروا عن فصل الشراء من ذكر التهمة ، فقد يوجد مثله في البيع من مواضعة بإعطاء رشوة أو بيع شئ آخر منه محاباة في مقابلته ، فينبغي ألاّ يجوز أيضاً .

والإعتماد على ما سبق ، والله أعلم .

((كتاب الإقرار))

مسألة :

دين الصحة لايقدم على دين المرض عندنا .[(١)]

وعندهم : يقدم .[(٢)]

لنا :

ان دين المريض مثل دين الصحة في الوجوب فلا يقدم عليه قياساً على دين الصحة أو ديناً لمريض فانه لما لم يكن لاحدهما مزية على الآخر في الوجوب فَلَمَ يقدم عليه ؟ .

---

(١) مختصر المزني ١٣/٣ (مع الأم) المهذب : ٤٤٠/٢ ، النكت ورقه ٣٠٨/ب ، المنهاج مع المغني : ٢٤٠/٢ ، نهاية المحتاج : ٧٠/٥ .
وقال في المهذب " قُسمَ بينهما على قدر الدينين ... " أهـ .
وهو قول مالك وأحمد ، قال ابن قدامه في المغني : " وبه قال : مالك ، والشافعي ، وأبو ثور ، وظاهر كلام الخرقي انهما سواء وهو اختيار التميمي ... " أهـ ٣٣٢/٧ ، الإشراف للبغدادي : ٣٥/٢ .

(٢) الاسرار : ١٩٤/٢/أ (مراد ملا) مختصر الطحاوي ص ١٨٦ ، مختصر القدوري : ٣٣٠/١ (مع الجوهرة) . المبسوط : ٢٦/١٨ ، رؤوس المسائل ص ٣٤٠ .
قال أبو الخطاب من الحنابلة " لايحاصّ غرماء الصحة ، قال القاضي : وهو قياس المذهب : لنص أحمد في الفلس " انه إذا أقر وعليه دين ببينةٍ يبدأ بالدين الذي بالبينة" وبهذا قال : النخعي ، والثوري ، وأصحاب الرأي " أهـ . المغني : ٣٣٢/٧ .

وانما قلنا " انه مثله في الوجوب " لأن الوجوب يظهر بقوله في ذمته ، وقوله مثل قول الصحيح فيما هو سبب الوجوب فيكون قوله،مثل قول الصحيح فيما هو اظهار الوجوب .

وبيان ذلك في المعاملات والمناكحات وأسباب الغرامات أجمع فإن هذه الأشياء يستوي فيها الأصحاء والمرضى ، ولامزية لصحيح فيها على مريض ، وكذلك ذمة المريض مثل ذمة الصحيح ، لأنها محل الوجوب فإذا استوى الصحيح والمريض في أسباب الوجوب فلابد أن يستويا في محل الوجوب .

يبينه : ان الذمة عبارة في اللغة : عن العهد . (١)

وفي الشرع : عبارة عن محل الإلزام والإلتزام .

وعهد المريض مثل عهد الصحيح ، وهو في الإلزام الشرعي والتزامه مثل الصحيح أيضاً ، فتبين بما قلنا ان الدينين استويا في الوجوب والقضاء يتبع الوجوب فإذا استويا في الوجوب استويا في القضاء ولم يجز أن يقدم احدهما على الآخر في القضاء .

وأما حجتهم :

" قالوا : المريض محجور عن الإقرار بالدين لدين الصحة فلا ينفذ في حقه كَمَنْ رهن مالاً أو أجره ثم أقر به لانسان فانه لاينفذ في حق المرتهن والمستأجر ، وانما قلنا ذلك لأن حق الغريم في الصحة يتعلق بماله من حيث الإستيفاء عنه عند موته مستنداً إلى أول زمان المرض فيصير إقرار المريض مصادفاً حقه ، لأنه إذا وجب تعلق بماله كما يتعلق الأول فيصير

---

(١) تحرير الفاظ التنية ص ٣١٨ .

محجوراً عن الإقرار بحق الأول ، كما لو رهن عين ماله ثم أقرّ به لإنسان ، وهذا لأن الإقرار خبر وهو يحتمل الصدق والكذب ، والكذب لايكون حجة وهو غير مصدق إلا على نفسه ، لأنه لا ولاية له على غيره حتى يصدق عليه ، فبقى إقراره كذباً في حق الأول فلا يصدق عليه إلا ان يصدقه على نفسه كالأصل الذي بينّاه .

ثم الدليل على تعلق حق الغريم بماله عند الموت مستنداً إلى أول مرضه إجماعهم على انه لو وهب شيئاً من ماله في مرضه ثم مات وعليه دين مستغرق بطلت الهبة مع ملك الموهوب له الموهوب حتى لو كانت جارية يحل له وطئها ، ولولا ان حق الغريم تعلق بماله واستند إلى أول مرضه لم يبطل ، لأنه ليس هاهنا حق ثالث حتى يبطل حقه " .[1]

" ألا ترى أن الهبة لو كانت في حال الصحة لم تبطل ، وهذا لأن الموت سبب لوجوب المال لغيره على الترتيب : ـ

الدين ثم الوصية ثم الميراث ، وسبب الموت المرض فإذا وجد الموت ووجب الحق استند الوجوب إلى أول السبب كالزكاة اذا وجبت عند حولان الحول يستند إلى أول ملك النصاب ، ولهذا صح الإخراج ، وكذلك إذا جرح انساناً ومات استند وجوب الكفارة إلى أول الجرح ، ولهذا صح اخراج الكفارة بعد الجرح .

وكذلك على أصلكم الكفارة في اليمين يستند وجوبها إلى اليمين .

والدليل على الإستناد في هذه المواضع ان إخراج الواجب وأداءه لايتصور إلا بعد الوجوب ، فلولا أن الوجوب يستند إلى هذه الأسباب وإلا لم

(١) ما بين القوسين نقلاً من الأسرار : ٢/١٩٤/ب (مراد ملا) .

يجز أداء هذه الواجبات عند وجود هذه الأسباب ، وكذلك إذا اشترى جارية على ان البائع بالخيار فولدت أو اكتسبت كسباً ثم أجاز البيع يستند الملك إلى أول البيع حتى يملك الولد والكسب ، كذلك في مسألتنا يكون الحكم مثله في هذه المواضع ".[1]

والحرف : انه إذا استند حق الغرماء إلى أول المرض ثبت حقهم / **١٣٩/ب** في ماله ثبوتاً لازماً فيمتنع عليه تصرفه المبطل لحقهم مثل الرهن سواء .

قالوا : ولايجوز أن يقال : ان هبته انما لم تجز نظراً من الشرع له حتى يبقى ماله فيصرفه إلى أول الحقين وهو قضاء الدين ، لأن هذا النظر لو ثبت في حالة المرض لثبت في حالة الصحة . ألا ترى ان في الموضعين هو مأمور من حيث الندب أن يصرف ماله إلى قضاء الدين ويقدمه على التبرعات فلما لم يثبت هذا الحجر نظراً في حال الصحة لايثبت في حال المرض .

ولايلزمنا مثل هذا لأنا انما اثبتنا ما ادعيناه بإسناد الحق إلى سببه والمرض سبب الموت أما قبل المرض لاسبب لموته حتى يستند إليه .

يدل عليه : ان الحجر الذي قلتم لو ثبت لثبت لأمر من أمور الآخرة حتى يلقى الله تعالى فارغ الذمة ، ونحن لانرى الحجر لمثل هذا الحق مثالاً في الشرع ، ونجد الحجر للآدمي مثالاً ، بدليل مسألة الرهن والإجارة ، وهذا لأن الحجر في الشرع انما يكون لحق الغير أو لنقصان في العقل مثل الصبي .

فأما نظراً ليتوفر عليه ثواب الآخرة فلا يعرف له أصل .

---

(١) ما بين القوسين نقلاً من الأسرار : ٢/١٩٤/ب (مراد ملا) .

ألا ترى ان البيع وقت النداء لما كان منهياً عنه لأمر من أمور الآخرة لم يثبت الحجر عنه حتى لو فعله جاز ، وكذلك الإسراف في انفاق المال لما كان منهياً لأمر من أمور الآخرة لم يثبت الحجر عليه فيه حتى لو فعله نفذ " .[1]

يدل عليه : ان الشرع قد نظر له بان جمع له الحرية والعقل والبلوغ ودله على أرشد الأمور وأولاها فإذا ترك النظر لنفسه لايجب ابتداء نظر من قبل الشرع بل يؤخر الى الآخرة .

وأما الحجر لحق الغير ثابت بكل حال لما بينّا انه لا ولاية له على الغير حتى يبطل حقه فبطل تصرفه ولم يبطل حق الغير .

قالوا : ولايلزم على ما قلنا اذا أقر بدين في المرض ثم أقر بدين حيث يستويان لانا ذكرنا ان حق الغريم يثبت عند الموت ثم يستند ، والمريض يصير محجوراً لحق الدين من أول مرضه وان ثبت بعده ، فإنه لو وهب ثم أقر بدين مستغرق أو لحقه الدين بسبب معاين ثم مات بطلت الهبة ، كما لو أقر بدين ثم وهب ، وإذا كان الحجر علة لايترتب بترتيب وجوب الدين بل يستند الجمع إلى أول المرض ثبت الحجر عن الأول بالثاني ، كما ثبت عن الثاني بالأول فاستويا حكماً وصار كأنه أقر بهما جملة ، وهذا لأن الإسناد الى اثناء زمان السبب لايمكن ، وإنما يستند إلى أول السبب وإذا استويا إلى ذلك الزمان استوى الدينان بخلاف مسألتنا ، فإن الحجر عن دين الصحة بدين المرض غير متصور ، والحجر عن دين

(١) ما بين القوسين نقلا من الاسرار مع بعض التصرف : ٢/١٩٥/أ (مراد ملا) .

المرض بدين الصحة قد صورّناه بتقدمه ووجوده في أول زمان المرض دون دين المرض .

قالوا : ولهذا نقول لو لزمه دين في مرضه بسبب معاين من استقراض أو شركة أو مهر امرأة أو استهلاك يكون هذا أولى من الثابت بالإقرار ، وان سبق عليه زماناً بعد أن يكون في المرض ، لأن الحجر به يثبت من أول مرضه ويساوي هذا الدين ما ثبت في حال الصحة ، لأن الحجر لايثبت في هذه الأسباب.

(فإن الاستقراض والبيع لايبطل من حق الغريم شيئاً ، لأنه ادخل في ملكه مثل ما أخرجه .

وأما الإستهلاك فلا يتصور فيه الحجر ، لأنه أمر حسي صحته بوجوده .

وأما النكاح فهو من خواص حوائجه ، وحقهم أيضاً يثبت فيما يفضل من حوائجه بدليل حوائج المعيشة وحاجة الكفن . فإن قلتم لو تزوج وهو لايحتاج اليه يقدم المهر الواجب به أيضاً .

نقول لكم : ان النكاح في الموضع لمصالح المعيشة فيعتبر الوضع)[1] .

ولايعتبر الأحوال .

وهذه الطريقة قد انتهت إلى هذا الموضع وهو معتمدهم .وربما عبّروا عن هذا وقالوا : حق الغريم انما يتعلق بماله بعد موت المقر لخراب ذمته وسببه المرض فيستند إليه حكم الخراب كما يستند حكم الموت بالجرح الى ابتداء الحرج، طريقة أخرى لهم في هذه المسألة قالوا :

(١) ما بين القوسين نقلاً من الأسرار : ٢/١٩٥/أ (مراد ملا) مع بعض التصرف في العبارة .

متهم في خبره فلا يحمل خبره على الصدق .

دليله : اذا شهد لنفسه أو لولده ، وهذا لأنه اذا لم يثبت الخبر للتهمة نفى ايجاباً ابتداءً فصار عبارة عن الهبة فلا يصح مع الدين .

" وانما قلنا " متهم في خبره " لأنه بالمرض صار محجوراً عليه عن الهبة إذا كان عليه دين فأتهم انه لما لم يملك أن يهب له شيئاً وهذه حالة تتقيد إرادته في حياته لقربه من فوات حياته مال إلى الإخبار لينفذ ، وإذا صار متهماً من هذا الوجه لم ينفذ اقراره إلاّ بدليل يدل على زوال التهمة وهو أن يكون مالكاً للهبة حتى لايكون متهماً بالعدول إليه عن الهبة " .[1]

يدل عليه : ان الإقرار اخبار وانه يحتمل الصدق والكذب ، ولهذا لايكون حجة على غيره إلا في موضع معلوم بشرائط مخصوصة وانما صار الإقرار حجة على المقر مع الإحتمال لملكه ابتداء الهبة **١٤٠/أ** بمثل ما يقرّ به .

وهذا لأن الظاهر من العاقل انه لايكذب فيما يجده بالصدق .

ولهذا المعنى قلنا : ان الوكيل بالبيع يملك الإقرار بالبيع قبل العزل ، لأنه يملك انشاء مثله فزالت التهمة عن خبره . ولايملك بعد العزل ، لأنه لايملك انشاء مثله فصار متهماً فلم يقبل خبره .

قالوا : وليس يلزم على هذه الطريقة إذا أقر بجميع ماله لأجنبي حيث يجوز ، لأنه يجوز أولاً في ثلث ماله ، لأنه يملك هبته ثم إذا صح اقراره في الثلث صار الثابت به كالثابت بالبينة ، ولو ثبت بالبينة ملك

---

(١) ما بين القوسين نقلاً من الأسرار : ٢/١٩٥/ب (مراد ملا) .

هبة ثلث ما تبقى ، لأنه يظهر أن ملكه ذلك القدر ثم يصح الإقرار في ثلث ما تبقى وزالت التهمة لماله الهبة ، وصار بمنزلة الثابت بالبينة وجعل كأن ماله الباقي ، ثم يصح اقراره بالثلث هكذا يدور حتى لايبقى شئ ، فإنما جوزنا بهذا الطريق .

فأما إذا كان عليه دين مستغرق لايملك هبة شئ من ماله بوجهٍ ما ، وكذلك إذا كان غير مستغرق لايملك الهبة بقدر الدين بوجهٍ فلا يملك الاقرار أيضاً إلا بقدر ما يملك فيه الهبة .

الجواب :

أما الطريقة الأولى فدعوى الحجر دعوى باطلة ، ولايصح الحجر عن الإقرار بوجهٍ ما ، بعد أن يكون جائز التصرف ، لما بينا انه إظهار الواجب ، فإذا لم يحجر عن ابتداء سبب الواجب لا يحجر عن إظهار الواجب .

فأما قولهم : " ان حق الغرماء يتعلق بماله عند موته مستنداً الى ابتداء المرض " فالجواب عنه من طريقين :ـ

أحدهما : انا لانسلم تعلق الدين بالمال بوجهٍ ما ، لأنه لو تعلق بالمال في حالة المرض لتعلق في حالة الصحة ، وهذا لأن تعلق الديون بأعيان الأموال لايعقل إلاّ على طريق الوثيقة للاستيفاء ، والوثيقة لاتثبت إلاّ بعقد وثيقة من قبل المالك مثل ما يرهن ماله من صاحب الدين وحكمه معلوم في الشرع ، فأما ثبوت الوثيقة بمجرد وجوب الدين من غير عقد فلا يعرف ، وأيضاً لو صار الوثيقة لمنع من التصرف في أمواله كما يمنع الراهن من التصرف في الرهن .

وان قلتم : ليس التعلق تعلق وثيقة لكنه تعلق استيفاء فاثبتوا في حالة

الصحة ، لأن إستيفاء الديون بالأعيان بكل حالٍ فلا معنى لتخصيص التعلق بحال دون حال .

وعلى هذا نقول : ان حق الغرماء لايتعلق بأمواله بعد الموت أيضاً ، بل هي باقية في ذمة الميت على ما كان .

ونقول ان ذمة الميت مثل ذمة الحي حكماً وذمة المريض مثل ذمة الصحيح حقيقة وحكماً .

وقولهم : " **ان ذمته تخرب بموته** " .

لانسلم ذلك ، وخراب الذمة لايعرف ، ولا الإشراف على الخراب ، وقد دللنا على ذلك في مسألة الكفالة عن الميت المفلس ، وإن قلنا تتعلق الديون بالتركة بعد الموت فالإسناد لا وجه له ، لأنهم سلموا ان التعلق يكون بعد الموت ثم يستند ، والثابت في زمان لايستند الى زمان قبله إلاّ بضرورة مثل ما يستند الملك الى حالة الحياة اذا نصب رجل شبكة ثم مات ثم تعقل بها صيد ، ويستند الضمان الى حال الحياة ، واذا حفر رجل بئراً ثم مات ثم وقع فيها انسان فهلك ، لأن هاهنا ضرورة ، فأما في مسألتنا لاضرورة في الإسناد ، فلأيّ معنى يستند ؟ .

وقولهم : " **ان المرض سبب الموت** " .

قلنا : بان كان المرض سبب الموت لم يستند وهذا لأن تراخي الحكم عن السبب جائز ، بل الفرق بين العلة والسبب هذا : وهو ان المعلول لايتراخي عن العلة ، والمسبب يتراخى عن السبب واذا جاز التراخي فلم يثبت الإسناد .

وأما المسائل فلا نقول في شئ من تلك المسائل ان الحكم يستند إلى وقت السبب وأما جواز الإخراج كان بمجرد وجود السبب .

وقولهم " **كيف يجوز الأداء بلا وجوب** " .

قلنا : قد يجوز الأداء بلا وجوب بالإجماع ، فإن عندهم إنما يستند الوجوب الى هذه الأسباب بعد وجود الموت وحوول الحول ، وقد جاز الأداء من قبل ولم يقترن به وجوب ، فإذا جاز على أصلهم أن يؤدي الواجب وان لم يكن وجوب في الحال وانما الوجوب والإسناد من بعد جاز عندنا أيضاً أن يؤدي لأجل وجود السبب ، وإن كان الوجوب بتراخي من غير اسناد .

ومسألة البيع بشرط الخيار على أصلهم فإن الأصح على المذهب ان الخيار لايمنع ملك المشترى كيف ما يضرب الخيار .

وأما تعلقهم " بالتبرع " .

قلنا : انما منع من التبرع نظراً من الشرع ليبقى ماله فيصرفه إلى أولى الوجهين وأنفعهما له ، فإذا جاز ثبوت النظر بحق الغير جاز أيضاً في حقه وإلى هذا اشارة ص حين قال لسعد : (انك ان تدع ورثتك أغنياء خير من / أن تدعهم عالة يتكففون الناس) .[1] **١٤٠/ب**

وإنما أراد عليه الصلاة والسلام بمنعه من التبرع بقاء ماله له ليكون مصروفاً إلى أولى الوجهين وأنفعهما له وهو نفع أقاربه وورثته ، كذلك هاهنا .

يبينه : إن في مال الصحة هو مندوب بترك التبرع وإيثار قضاء الدين غير انه لم يمنع من التبرع ، لأنه لم يشرف على فوت قضاء الدين لجواز

---

(١) رواه البخاري في صحيحه : ٣٦٣/٥ مع الفتح ، باب أن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكففوا الناس .

أن يكتسب فيجمع بين قضاء الدين والتبرع فإذا مرض فيخاف فوات قضاء الدين ، لأنه عاجز عن التكسب بمرضه مشرف على الهلاك فيتعذر الجمع بين قضاء الدين والتبرع فجاء الشرع بمنعه من التبرع ليكون ماله مصروفاً الى أولى الوجهين .

وأما قولهم : " ان الشرع قد نظر له باعطائه الحرية والبلوغ والعقل " .

قلنا : مع هذا لاينسد باب النظر من الشرع ، لأن الآدمي غير مستغنٍ بنظر الأول عن نظره الثاني والثالث .

وقولهم : " **ليس الحجر لحقه مثال له** " .

قلنا : الحكم للدليل لا للمثال ، وعلى أن مثاله موجود في الصبي بالإجماع ، والسفيه على أصلنا هذا جواب .

الجواب الثاني : أنا إن سلمنا أن المرض يوجب الحجر بالطريق الذي قالوه ، لكنه في التبرع على الخصوص ، وأما في الإقرار فلا ، لأن الواجب بالإقرار دين معاملة ، فانا انما نقبل اقراره حملاً لإقراره على انه أخبر بدين واجب عليه من قبل بسبب معاملةٍ أو إتلافٍ أو نكاحٍ ، وما أشبهها ولولا الحمل على هذا الوجه لم نقبل اقراره ، لأن التبرع بالإقرار باطل .

ألا ترى أن المقر له اذا علم انه لاحق له قبل المقر لايجوّز له ان يأخذ شيئاً، وإذا ثبت انه لاحجر في المعاملة فلا حجر في دين المعاملة .

فإن قالوا : فَلِمَ حجر عن التبرع في المرض " ؟ .

قلنا : لايلزمنا بيان المعنى ، انما عليك دليل ثبوت الحجر في الإقرار وبيان المشابهة بين التبرع والإقرار معنىً حتى اذا حجر عن أحدهما حجر عن الآخر ، ولا مشابهة ، وهذا جواب وجيز معتمد .

وأما التعلق بدين المرض ، فصحيح ، والذي قالوا : ان ما يثبت في المرض لايترتب بعضه على بعض ، فهو باطل على أصولهم ، بما لو أقر بوديعةٍ ثم بدين تقدم الوديعة على الدين عندهم ، ولو أقر بدين ثم بوديعة يستويان .

وكذلك قالوا : إذا حابا في مرض موته ثم اعتق تقدم المحاباة واذا اعتق ثم حابا يستويان .

فإن قيل : قد بينا ان حق الغريم يثبت عند الموت ثم يستند إلى أول المرض فيما هو مال المريض ، ولما أقر بالوديعة من قبل ولا دين صدّق في إقراره ، ويتبين ان الوديعة لم تكن ماله فلم يثبت فيه حق الغريم ، كما لو استحق عليه ببينة ، بخلاف ما لو أقر بدين ثم بدين لأن المال ماله بعد الإقرار فأستند حق الثاني كما استند حق الأول فاستويا بخلاف ما اذا أقر بالدين أولاً ثم أقر بالوديعة ، لأنه أقر بالوديعة وهناك غريم وحق ثابت ، وهو بغرض أن يثبت في ماله ويستند إلى حال الإقرار بالوديعة فوقف صحة الإقرار على الخلو عن ذلك الحق .

وأما إذا أقر بالوديعة ولا دين فيصح الإقرار بالوديعة غير موقوف لعدم سبب الوقف ، فإذا أقر بدين وأراد أن يبطله لم يصح في حق الوديعة .

والجواب : ان هذا ليس بشئ ، لأنهم اذا سلموا انه لاحق له في المال حال الإقرار بالوديعة فوجب أن يصح الإقرار بها ، ولايقف الإقرار على شئ ، وإذا صح الإقرار بالإقرار يظهر ملكه وراء ذلك وأشبه الإقرار بالوديعة قبل الدين ، ولايصح قولهم " ان الإقرار بالوديعة موقوف " ، لأن في الحال لاحَقَ ، وقد أقر وهو من أهل الإقرار فلا معنى للوقف لشئ يظهر من بعد .

والمراد من هذا الإلزام إبطال عذرهم عن ديني المرض .

وهو في غاية الإشكال عليهم ، لأنه كان ينبغي أن يعتبر الترتيب كما في مسألة الوديعة .

ويقولوا : يستند إلى زمان الإقرار فيصير الإقرار الأول أولى لتقدمه في الزمان وأيضاً قد أقر بالدين الأول وهو مالك للتبرع ، وبالثاني وهو غير مالك للتبرع " .

فإن اعتبروا التبرع بعد إقراره وَجَبَ أن يقدموا الدين الأول وحين لم يقدموا دل ان عدم التقديم كان لما قلنا .

وأما طريقتهم الثانية وقولهم " انه متهم في إقراره " .

قلنا : لاتهمة ، بل المرض يزيل التهمة ، فكيف يوجب التهمة ؟

وهذا لأن المرض حال إنابة وتوبةٍ لقربه من القدوم على الله وخوفه من الآثام والمطالبات ، والدليل على هذا الأصل قول أبي بكر الصديق حين استخلف عمر بن الخطاب رضي الله عنهما " هذا ما عهد أبو بكر بن أبي قحافة عند آخر عهده بالدنيا مرتحلاً منها ، وأول عهده من الآخرة منتقلاً إليها حين يصدق الكاذب ويؤمن الفاجر " .[1]

وإذا ثبت ان المرض حال توبة وإنابة ، والإقرار توبة وإنابة ، لأنه إخبار عن واجب وترك لكتمان حق ، والتوبة في حال / التوبة أولى **١٤١/أ** بالقبول .

---

(١) ذكر ابن سعد في طبقاته : ٣/١٩٩ ، ٢٠٠ .
وابن شبه في تاريخه : ٢/٦٦٨ .
والطبري في تاريخه : ٣/٤٢٨ ، ٤٢٩ .

يبينه : ان في حال الصحة دليل الصدق ، لأنه ليس دليل الصدق إلا إيمانه وعقله .

وأما في حال المرض يوجد دليل آخر ، وهو دليل الحال ، لأن حالته تحمله على الصدق أيضاً فتكون أولى بالقبول .

فإن قيل : هذا الذي قلتم لمن يؤثر دينه على هواه وقد عزّ هذا أو قلّ في الناس، وأما مَنْ يؤثر هواه على دينه فإنما يبادر في المرض إلى تقديم مراداته في حال الصحة التي كان يؤخرها اشفاقاً على ماله وطمعاً في الحياة فحين وقع وقيذاً على فراش المرض وغلب يائسه على رجائه يبادر الى تنفيذ مراداته ، وما كان بهواه فيصير متهماً .

والجواب :

ان هذا كله إساءة الظن بالمسلم وانما ينبغي أن يظن به انه يريد بالإقرار الخروج عن الواجب عليه ، وأما إذا شهد الإنسان لأبيه أو لإبنه لانقول انه ترد شهادته لأجل التهمة ، انما ترد لأنه يصير من وجهٍ بمنزلة الشاهد لنفسه .

ونقول أيضاً : ان الواجب بالإقرار دين معاملة ، وانما يقبل إقراره حملاً على أنه كان وجد منه بسبب من المعاملات فأظهره ، ولهذا المعنى قبل إقراره للأجنبي في جميع ماله وان كان لايملك التبرع بها وصح الإقرار أيضاً ممن لايصح منه التبرع كالمكاتب والعبد المأذون [1]، وإذا كان قبول إقراره حملاً لأمره على هذا زالت التهمة فيه ، ولم يكن بد من قبوله ، كما لو قامت البينة أو عاينا سبباً من أسباب المعاملات .

---

(١) المهذب : ٤٣٩/٢ .

وقولهم : " ان ملك الهبة دليل خروج التهمة عن الإقرار " .

قلنا : هذا لايصح ، لأنه لاتهمة في ديون المعاملات ، كما لاتهمة في نفس المعاملات ، وعلى انه يبطل باقراره بجميع ماله لأجنبي فإنه يجوز ، وان كان لايملك التبرع بجميع ماله ، والعذر الذي قالوه في غاية الضعف ، لأنه لو تبرع بثلث ماله على انسان ثم أمر بثلث ماله فإنه يجوز .

والتقدير الذي قالوه في هذه الصورة باطل ، لأنه قد تبرع بثلث ماله ثم أقر بالباقي .

وأيضاً فإن عندهم المكاتب اذا أقر في حال الصحة ثم أقر في حال المرض نقدم دين الصحة على دين المرض وان كان لايملك التبرع

وكذلك لو أقر بجميع ماله لإنسان يجوز وإن كان لايملك التبرع بجميع ماله فبطل التعلق بالتبرع ، وجعله دليلاً على زوال التهمة ، بقى ان الإقرار إنما قبل لما بينا ان الواجب دين معاملة فإذا ملك المعاملة ملك إظهار الواجب بالمعاملة ، ولم نعتبر التهمة ولا الحجر ، لأن ديون المعاملات لاتهمة في الإقرار بها ، والإقرار بها مطلق لايحجر عنها كأعيانها . والله أعلم بالصواب .

□□□□

(مسألة)

إقرار المريض لوارثه صحيح في أصح قولي الشافعي [(١)] ، وفي القول [(٢)] الآخر يجوز [(٣)] ، وهو قولهم .[(٤)]

لنـــا :

انه خروج عن واجب فجاز مع الوارث .

دليله : إيفاء دين ظهر وجوبه بالبينة .

يبينه : إن الخروج عن الحق قولاً بالإظهار كالخروج عن الحق فعلاً بالإيفاء ، فإذا جاز أحدهما وإن كان الذي يوفى حقه هو الوارث جـــاز

---

(١) مختصر المزني : ١٤/٣ (مع الأم) ، المهذب : ٤٤٠/٢ وقال في المهذب (وهو الصحيح) . النكت ورقه ٣٠٨/أ ، روضة الطالبين : ٣٥٣/٤ .

وقال الامام مالك : "يصح إقراره إذا كان لايتهم به ولايثبت إذا كان يتهم به " . الاشراف للبغدادي : ٣٥/٢ ، ٣٦ .

(٢) في المخطوط (قول) والتصويب من المحقق .

(٣) المهذب : ٤٤٠/٢ ، النكت ورقه ٣٠٨/أ ، روضة الطالبين : ٣٥٣/٤ .

(٤) الأسرار : ١٩٦/٢/أ (مراد ملا) مختصر القدوري : ٣٣١/١ (مع الجوهرة) . المبسوط : ٢٤/١٨ .

وهو قول الحنابلة ، قال ابن قدامه في المغني : " وبهذا قال شريح وأبو هاشم وابن أذنية والنخعي ويحى الأنصاري وأبو حنيفة وأصحابه ..... " ٣٣٢/٧ .

الآخر وان كان الذي يظهر حقه هو الوارث ولأنا بينا ان المرض لا عمل له في الإقرار فصار الإقرار له في المرض مثل إقراره له في حال الصحة .

وأما حجتهم :

تعلقوا بالطريقتين اللتين ذكروا في المسألة الأولى : ـ

أولها : ان حق الورثة تعلق بأعيان التركة في مرض موته على الوجه الذي ذكروا في المسألة الأولى .

وحرفهم : ان حق الورثة في حق ما بينهم ثابت في جميع المال كحق الغريم في حق الأجانب .

ألا ترى انه لايملك هبة شئ للوارث كما لايملك الهبة للأجنبي وعليه دين مستغرق .

وإذا ثبت ان حق الورثة تعلق بجميع المال لم يصح إقرار المريض لبعضهم بشئ ، لأنه يتضمن ابطال حق باقي الورثة .

والطريقة الثانية : قالوا : الشرع حجر على المريض إيثار بعض الورثة وهذا الإيثار موجود في العادات فإذا أقر صار متهماً في انه مال إلى الإقرار للحقوق الحجر إياه عن الإيثار والحال داعية إليه ، وإذا صار متهماً بالإقرار، فإقرار المتهم لايقبل على ما بينا من قبل .

ولايلزم إذا أقر بوارث ، لأن استحقاق الوارث المال بالنسب والموت جميعاً فيضاف الإستحقاق إلى آخرهما ثبوتاً ، فأضيف الى الموت إذا كان النسب ثابتاً من قبل ، وإذا أضيف إلى الموت يبقى النسب الذي أقر به الوارث غير مبطل لحق الورثة وإنما بطل حكماً ، وكذلك الإقرار لما كان بالنسب لا بالمال انتفت التهمة ، لأنه لو كان تهمة كان في المال .

الجواب :

أنا أجبنا عن الطريقتين في المسألة المتقدمة ، ونقول على فصل التهمة . قد توجد التهمة في حق غير الوارث كما اذا أقر لابن / بنته **١٤١/ب** ووارثه ابن عم ومع ذلك يصح إقراره وقد تنتفي التهمة في وارثه بأن يقر لابن عم [(١)] الكاشح وهو وارثه ومع ذلك عندكم لايقبل أيضاً .

وأما التعلق بالتبرع وقياس الإقرار عليه قياس باطل على ما سبق في المسألة الأولى .

يبينه : ان ابتداء التمليك يليق به الحجر بحق ذي حقٍ ، فأما الإخبار بواجب عليه لايليق به الحجر بحال .

وقد قال الأصحاب : ان التبرع على الوارث انما لم يجز ، لأنه يؤدي بين الناسخ والمنسوخ ، لأن الله تعالى قد كان أوجب الوصية للأقربين ثم نسخ بالميراث ، وأيضاً فيه زيادة على وظيفة الشرع ، لأن الله تعالى سمى وظائف الأقارب وسهامهم ، والوصية أخت الميراث على ما عرف في أصل الشرع فإذا جوّزنا الوصية للوارث تؤدي إلى الزيادة على وظيفة الله تعالى الموظفة للأقارب وسهامهم المسماة فيكون تغيير الشرع من وجهٍ فلم يجز ، ومثل هذا لايوجد في الإقرار ، لأنه ليس إيجاب حق مبتدأٍ بل هو اخبار عن واجب . والله أعلم .

---

(١) كذا في المخطوطة ولعله (عمه) .

((مسألة))

إذا مات الرجل وخلّف ابنين فادعى رجل ديناً على الميت فصدقه احدهما وكذبه الآخر ، فإنه يقضى من نصيب المقر ما يخصه [1] على أحد قولي الشافعي . [2]

وعندهم : يقضي من نصيبه جميع الدّين ، فإن فضل شئ يكون له [3] ، وهو القول الثاني [4] ، والمسألة عُدّت من المشكلات .

لنـــا :

ان بتصديق احدهما لايثبت إلا نصف الدَّين فلا يجب عليه قضاء مايرتد عليه ، كما لو كان صدقه في النصف وكذبه في النصف ، وانما قلنا انه لم يثبت بتصديقه إلا نصف الدَّين ، لأن الرجل لايدعى عليه حقاً وإنما يدعى على الميت ، ومَنْ يدعى على انسان فصدقه غيره لم يثبت شئ ولم

---

(١) أي لايلزمه من الدين إلا بقدر حصته من التركة ، فإن كانوا إثنين لزمه النصف وإن كانوا ثلاثة لزمه الثلث .

(٢) المهذب : ٤٥٣/٢ ، النكت ورقه ٣٠٨/أ ، وهو القول الجديد ، وقال الشيرازي في المهذب وهو الصحيح ، روضة الطالبين : ٤١١/٤ ، وبهذا القول قال الحنابلة قال ابن قدامة : " وبهذا قال النخعي والحسن والحكم وإسحاق وأبو عبيد ، وأبو ثور والشافعي في أحد قوليه .... " أهـ . المغني : ٣٢٨/٧ .

(٣) الأسرار : ١٩٧/٢/أ (مراد ملا) المبسوط : ٤٨/١٨ ، رؤوس المسائل ص ٣٤١ .

(٤) المهذب : ٤٥٣/٢ ، النكت ورقه ٣٠٨/أ .

يلتفت إلى تصديقه .

وإنما قبلنا تصديق الوارث في مسألتنا ، لأنه خليفة الميت فقام تصديقه مقام تصديق الميت والخلافة بالوراثة فَمَنْ له الوراثة على الكمال فله الخلافة على الكمال وَمَنْ لا وراثة له على الكمال فلا خلافة له على الكمال .

وإذا ثبت هذا ففي مسألتنا نقول : ـ

ولاية الخلافة على الكمال لكلا الوارثين ، فأما احدهما فله بعض الخلافة فقيل تصديقه بقدر ماله من ولاية الخلافة وذلك في النصف وبطل تصديقه في الباقي ، لأن ولاية الخلافة فيه لم توجد .

فإن قالوا : كل واحد منهما خليفة المورث على الكمال ، وهذا لأن سبب الخلافة كامل لكل واحد منهما فكملت ولاية الخلافة له ونزّل تصديقه منزلة تصديق الميت وصار قوله مقبولاً في جميع الدَّين فيما يرجع إليه .

الجواب :

ان دعوى ثبوت الخلافة له على الكمال وهناك مزاحم في الخلافة لاسبيل إليه ولا وجه له .

وقولهم : " **ان السبب كامل** " .

قلنا : وسبب صاحبه كامل ، فإن كان النظر إلى سببه يوجب ثبوت الخلافة له فالنظر إلى سبب صاحبه يوجب ثبوت الخلافة لصاحبه فثبت الخلافه له من وجه دون وجه أو يقال ثبت لكل واحد منهما بعض الخلافة وهذا متصور ، لأن سبب الخلافة استحقاق المال وثبوت الخلافة تظهر في المال وهو يقبل التجزئية والتبعيض . وخرّج على هذا ولاية النكاح ، لأنه لايقبل التجزئية والتبعيض ، وعلى انا قد ذكرنا في كتاب

النكاح ان كل واحد من الوليين ولى من وجه لا من وجه لكن مع هذا جاز تزويج كل واحد منهما المرأة من كفؤ لمعنى ذكرناه ، ثم هذا هو المعتمد وهو غاية الإمكان .

وقد قال بعض أصحابنا : [1]

انه قد اجتمع في هذا الدَّين تصديق معتبر وتكذيب معتبر فيثبت البعض دون البعض .

وليس هذا بشئ ، لأن تكذيب صاحبه معتبر في حق نفسه لا في حق المصدق ، وأما في حق المقر وجد تصديق بلا تكذيب ويستدل بعض أصحابنا بمسألة وهي : ان أحد الوارثين لو شهد مع أجنبي للمدعى بالدَّين المدَعَى يقبل ، ولو كان إقراره يوجب جميع الدين عليه لم يقبل ، لأنه يصير باخراجه كلامه مخرج الشهادة من يجر إلى نفسه غُنماً أو يدفع غُرماً .

وهذا الإستدلال ضعيف أيضاً ، لأنهم يقولون صورة التسليم : اذا شهد ابتداءً لا انه يقر ثم يشهد ، وإذا شهد ابتداءً فليس يدفع عن نفسه غرماً لأن الغرم انما يجب عليه إذا أقر ولم يشهد وهاهنا شهد ولم يقر فلا يجوز إثبات دفع الغرم عليه بتقدير إقرار منه لم يأت به . . وهذا كما لو شهد أربعة على رجل بالزنا تقبل شهادتهم ويثبت الزنا على المشهود عليه ، ولايقال : انهم بشهادتهم قد دفعوا عقوبة عن أنفسهم لأنهم لو قذفوا بدل الشهادة وجب الحد عليهم ، وإذا اخرجوا الكلام مخرج الشهادة فقد دفعوا العقوبة عن أنفسهم على تقدير ان لو قذفوا ولم

---

(١) قاله الشيرازي في نكته : ورقة ٣٠٨/أ .

يشهدوا ، ولكن قيل هذا تقدير باطل والقوم لم [1] توجد منهم إلا الشهادة ، كذلك في مسألتنا تقدير / الإقرار تقدير باطل ، **١٤١/أ** والرجل ماوجد منه إلا الشهادة . وليس للأصحاب عذر عن هذه المسألة يتضح فتركتُ حكايته واعتمدتُ على ما سبق .

وأما حجتهم :

قالوا : اعترف بجميع الدَّين ، والدَّين مقدم على الإرث بإجماع الامة فقد زعم باقراره انه لاحق له فيما في يده إلاّ بعد وصول صاحب الدَّين الى حقه فوجب ان يعامل بما في زعمه .

وربما يقولون أقر ان ما في يده حق الغريم بدينه فيقبل إقراره على نفسه ، وهذا لأن الدّين يتعلق بجميع التركة ، وبكل جزء من أجزاء التركة .

ومعنى قولنا : " يتعلق بكل جزء من أجزاء التركة " انه يجعل كل جزء من أجزاء التركة كأنه جميع التركة في حق الدَّين حتى انه لو وجد بعض التركة دون البعض يقضي دينه من الموجود ولايبالي بالمفقود ، وذلك مثل أن تغيب بعض التركة ويحضر البعض أو يهلك بعض التركة ويبقى البعض .

قالوا : وليس كالوصية بالثلث اذا دعاها انسان واعترف بها أحد الوارثين ، لأن الوصية لاتتعلق بكل جزء من أجزاء التركة حتى اذا وجد بعض التركة يأخذ منه بقدر ما يصيبه من الثلث ، وأيضاً فإنها غير مقدمة على الإرث بل الموصي له شريك الوارث ولايصل الى الموصى له شئ إلا بعد أن يصل ثلثاه إلى الوارث هذا عذرهم في الوصية بالثلث

---

(١) في المخطوط (لو) والتصويب من المحقق لأن الكلام لايستقيم .

ومنعوا الوصية بالألف المرسلة قالوا : ويلزم المقر أن يعطيه جميع الألف ، وَمَنْ سلم اعتذر وقال : الوصية بالألف المرسلة لاتتعلق أيضاً بكل جزء من أجزاء التركة بدليل انه لو هلكت التركة إلا ألف درهم لايأخذها الموصى له بخلاف الدَّين ، وأيضاً فإن الوصية وإن كانت بالألف لاتقدم على حق الوارث بل يكون الموصَى له شريكاً بهذا القدر .

الجواب :

إن هذا الكلام الذي ذكروه كله بناءً على وجوب الدَّين ، وما ذكر من حكم الدَّين وقضيته هو دين واجب على مَنْ عليه . ونحن لانعلم ان هذا الدين واجب على الميت أولا ، فإنه لم يوجد منه اعتراف ولا قامت عليه بينة به ، وقول الوارث عليه غير مقبول ، لأنه إذا لم يشهد يكون دعوى ، وانما قلنا قوله في حق نفسه بقدر ماله من الخلافة والثابت له نصف الخلافة فثبت عليه نصف الدّين المقربه .

فإن قالوا : خلافته كاملة في نصيبه من التركة وإنما قلنا إقراره في نصيبه فصار في نصيبه بمنزلة الوارث الواحد في جميع التركة إذا لم يكن له شريك " .

قلنا : تصديقه انما يلاقي الميت لايلاقي نفسه ، لأنه يقول عليه كذا ، والاعراض عن جانب الميت لاسبيل اليه ، لأنه هو الأصل ، فلابد أن ينظر أولاً إلى طريق قبول إقراره على الميت ولاطريق له إلا ما ذكرناه . وقد بينا ان ذلك الطريق يوجب ثبوت نصف الدّين لاجميعه فصار الحرف : ان عدم وصول المقر له إلى جميع دينه لم يكن لمعنى يرجع إلى نفس الدين فإن حكم ما قالوه بلا خلاف ، وإنما كان لقصور الحجة وعدم كمالها ، وهذا أقصى الإمكان وتمشيته اذا ضم إليه الجدال ممكن .

وقولهم : " **ان في زعمه كذا** " .

لايعتبر زعمه انما يعتبر جانب الشرع ، وعلى انهم قالوا : ان رجلاً لو مات وخلف ابنين فأقر أحدهما بأخ ثالث يعطيه ثلث ما في يده ، ولو اعتبر زعمه لاعطاه نصف ما في يده ، لأن في زعمه انه مساوٍ له في الاستحقاق ، وانه أخوه وابن أبيه ، وانه لايجوز أن يصل إليه شئ من التركة إلاّ ويصل إليه مثله ، والاعتماد على ما سبق ، والله تعالى أعلم بالصواب .

((مسألة))

إقرار مَنْ يحوز كل الميراث بنسب ولدٍ على أبيه مقبول ، وتبتني عليه المشاركة في الإرث ، وإن كان لايحوز كل الميراث لايقبل ولايثبت نسب ولا إرث ، ولاينظر عندنا إلى عدد الواحد والإثنين ، وانما ينظر إلى ما قلنا .[1]

وعندهم : إقرار الواحد بالنسب غير مقبول وان كان يحوز كل الميراث فإذا أقر اثنان ثبت النسب وإن لم يحوزا كل الميراث ، والدليل على ما قلنا في اقرار الواحد بالنسب إذا كان يحوز كل الميراث حديث سعد بن ابي وقاص وعبد بن زمعة حيث اختصما في ولد وليده زمعة ، وقد قال عبد بن زمعة : هو ولد أبي ولد على فراش أبي ، فقال النبي ص : هو لك ياعبد، الولد للفراش للعاهر الحجر .... "[2] وهو نص فيما ادّعيناه .

فإن قالوا : ان عبد بن زمعة لم يكن يحوز كل الميراث لأن سودة بنت زمعة زوجة النبي ﷺ ، وكانت أخت عبد بن زمعة ولم يرو أنها

---

(١) مختصر المزني : ٢٨/٢ (مع الأم) ، المهذب : ٤٤٩/٢ ، النكت ورقه ٣٠٨/ب .
مختصر القدوري : ٣٣٣/١ (مع الجوهرة) ، بدائع الصنائع :٤٦٠٨/١٠ ، تنوير الأبصار : ١٨٧/٨ (مع حاشية قرة عيون الأخيار) المبسوط : ١٨٦/٢٨ .

(٢) رواه البخاري في صحيحه : ١٢٧/١٢ مع الفتح ، باب للعاهر الحجر .
ومسلم في صحيحه : ٣٧/١٠ مع النووي ، باب الولد للفراش .
وأبو داود في سننه : ٧٠٣/٢ ـ ٧٠٥ مع المعالم ، باب الولد للفراش .

اعترفت بالنسب .

قلنا : هذا غلط عظيم ، لأن العبرة عندنا باقرار مَنْ يحوز كل الميراث وقد كان الوارث لزمعة / عبد بن زمعة دون سودة ، **١٤٢/ب** فإنهاكانت مسلمة ، وزمعة مات على الكفر ولا ترث المسلمة من الكافر بحال ، وأما عبد بن زمعة فقد كان كافراً حين مات زمعة وهو الوارث .

فإن قالوا : إنما قضى بالملك لا بالنسب ، لأنه ﷺ قد قال لسودة : احتجبي منه ياسودة " .[1]

قلنا : كيف يقضي بالملك وهو ادعى النسب ، وانما يجوز أن يقضي بما وقعت عليه الدعوى .

وأما قوله لسودة فإنما لما رأى من الشبه للولد بآل عتبة بن أبي وقاص فاحتاط بالأمر بالاحتجاب هكذا نقل .

(=) والترمذي في سننه : ١٠٢/٥ ، ١٠٣ ، مع العارضة ، باب ما جاء أن الولد للفراش .

والنسائي في سننه : ١٤٨/٦ ، ١٤٩ ، باب إلحاق الولد بالفراش .

وابن ماجة في سننه : ٦٤٦/١ ، ٦٤٧ ، باب الولد للفراش وللعاهر الحجر .

والدارمي في سننه : ١٥٢/٢ ، باب الولد للفراش .

والامام مالك في الموطأ : ٤/٦ ـ ٥ مع المنتقى ، باب القضاء بإلحاق الولد بأبيه .

والإمام أحمد في المسند : ٣٧/٦ ، ١٣٩ ، ٢٠٠ ، ٢٢٦ ، ٢٣٧ .

(١) انظر : المراجع السابقة في ص ٥٥ .

ونقول في الوارث الواحد إذا لم يكن معه غيره إقرار بالنسب صدر ممن يحوز كل الميراث فثبت النسب كما لو كان المقر اثنان ولا ثالث معهما .[1]

ونقول في الإثنين إذا كان معهما ثالث اقرار صدر ممن لايحوز كل الميراث فصار كما لو كان واحداً .

وفقه المسألة :

ان الموجود إقرار على الغير فينبغي الا يقبل إلا انه قبل من الابن بولاية الخلافة فلا يثبت إلا عند كمال الولاية فإذا كان يحوز كل الميراث ثبت ولاية الخلافة على الكمال فثبت النسب على طريق إقامة إقراره مقام إقرار الميت وأما المشاركة في الميراث فبناء على النسب فإذا لم يثبت النسب لم تثبت المشاركة في الميراث .

فإن قالوا : " قد ثبت حق النسب في حق المقر " .

قلنا : ثبوته في حقه بناءً على ثبوته في حق الميت ، فإذا لم يثبت في حق الميت لايثبت في حقه ، ولأنه لو كان لما قلتم وجب أن يفتي المقرفتوى فيقال له : ان عرفت انه أخوك فأشركه في الميراث ، فأما أن يقضي به القاضي فلا .

وعندكم : يقضي به القاضي .

وأما حجتهم :

قالوا : شهادة على الميت فلا يثبت حكمه بالواحد .

دليله : سائر الشهادات .

وإنما قلنا : " شهادة " لأن الأخوة حكم انخلاقها من ماء رجل واحد والحكم لايثبت مقصوداً بدون العلة ، بل يثبت فرعاً للعلة ، فصار

---

(١) انظر : المغني : ٣١٦/٧ .

الثابت بكلامه انه ابن أبي وهو شهادة على الأب .

ويدل عليه : انه شهادة على الأب انه حين يثبت النسب ينسب إلى الأب بعد الموت كما ينسب في حال الحياة . وإذا ثبت انه شهادة لم يثبت بالواحد ويثبت بالأثنين .

قالوا : وأما المشاركة في الميراث وان لم يثبت النسب فإنما كان لأنه أقر بشيئين بالنسب وبالشركة في المال ، وهذا أمر يلزمه على الخصوص فكان إقراراً في حقه فقبل قوله على نفسه في المشاركة في المال وان لم يقبل في النسب .

قالوا : ولايجوز أن يقال انه لو كان شهادة لأعتبر لفظ الشهادة ، وذلك لأن هذا اللفظ إقرار محض في حق الحكم شهادة في حق العلة .

وانما قلنا إقرار في حق الحكم وهو المشاركة في المال شهادة في حق العلة على ما مرّ فقرن بينهما ، فقيل لايثبت إلاّ بعدد أثنين إعتباراً بالشهادات ، ويثبت بلفظ الخبر اعتباراً بالإقرار ، وصار كاللعان لما أشبهت الأيمان قرنت بكلمة الله تعالى التي هي حرف القسم ولما أشبهت الشهادات قرنت بلفظ أشهد .

قالوا : ولايجوز أن يقال على قولنا : " انه تثبت المشاركة في المال ولايثبت النسب " .

فاثبتوا هاهنا الأخوة في حقه وان لم تثبت البنوة في حق أبيه .

قالوا : هذا لايصح ، لأن الأخوة لايتصور ثبوتها دون البنوة من أبيه فيقتضي ثبوت الأخوة ثبوت البنوة .

وأما الشركة في المال فتثبت بوجوهٍ شتى غير الأخوة فلا يقتضي ثبوت الشركة في المال ثبوت النسب وثبوت الأخوة والبنوة من الأب ، وهذا

لأنه لما احتمل الفصل ثبت ما هو إقرار دون ما هو شهادة ولما لم يحتمل في الباب الأول انفصال الأخوة عن البنوة ، لأنه لم يثبت واحد منهما .

وقد استدل كثير من مشايخهم في مسألة المشاركة بمسائل حكمية قالوا : يجوز أن يقر بسبب يبتنى عليه حكم ثم يحكم بثبوت الحكم وإن لم يثبت النسب ، ألا ترى انه إذا أقر انه باع هذا الشقص من فلان وانكر المشتري ثبت للشفيع حق الشفعة وان لم يثبت البيع ، وكذلك لو ادعى على إنسان مالاً فانكر المدعى عليه وكفل رجل بالمال صحت الكفالة وان لم يثبت المال على الأصيل .

قالوا : أيضاً لو قال أحد الوارثين هذه بنت أبينا لايجوز ان يتزوج بها فقد ثبت حرمة النسب من غير ثبوت النسب ، وهذه المسائل لها أخوات أوقعها هذه المسائل الثلاث فاقتصرنا عليها .

الجواب :

أما قولهم " **شهادة** " .

ليس كذلك ، فإن الشهادة أمر شرعي لايعرف إلا بشرائط لها / **١٤٣/أ** مخصوصة وبجهة تقام عليها مخصوصة فالجهة جهة الدعوى ، والشرائط لفظ الشهادة ، والحرية ، والعدالة والعدد ، ونقول لاتتصور شهادة إلاّ بلفظ الشهادة .

وعندهم : إنما يجب مراعاة العدد خاصة .

فأما ما سوى ذلك فقد اسقطوا اعتبارها .

ونعتمد على لفظ الشهادة ، ونقول لاتتصور الشهادة إلاّ بلفظ الشهادة فإن هذا الاسم أخذ من هذا اللفظ فإذا لم يقل " أشهد " كيف تكون شهادة ؟ .

وقولهم : " **انه شهادة في حق العلة إقرار في حق الحكم** " .

قلنا : هذا تقسيم لاينقسم ، وقوله المسموع منه ليس إلاّ الإعتراف على أبيه ، وما تعرض للمشاركة في لفظه أصلاً . ونحن في تصحيح لفظه المسموع منه ثم يبتني عليه الحكم ، واللفظ المسموع منه هو ما قلنا ، فإن كان إقراراً ثبت ما قلنا ، وإن كان شهادة فوجب أن يعتبر لفظ الشهادة .

ثم نقول على قولهم " انه اعتراف بشيئين " .

قلنا : ليس كذلك ، بل اعتراف بشئ واحدٍ وهو النسب وأما المشاركة في المال يثبت حكماً لإقراره .

فإن قالوا : الاعتراف بالنسب اعتراف بحكمه " .

قلنا : ليس كذلك ، بل الإعتراف بالنسب اعتراف بالنسب ثم الحكم يثبت شرعاً ، ولئن قلنا انه اعتراف بحكمه فهو اعتراف به ليكون حكماً لذلك النسب فلا يجوز فصله عنه .

وقولهم " ان المشاركة في المال تنفصل عن النسب وتثبت بوجوه شتى ".

قلنا : هذه مشاركة في الميراث ، والمشاركة في الميراث لاتنفصل عن النسب بحال .

فإن تعلقوا بالمسائل التي قالوها .

قلنا : قد منع المسألتان الأوليان فإن جرينا على المنع سقط التعلق بهما ، ولئن سلمنا فقد يتصور ثبوت الشفعة مع ارتفاع البيع بأن يتقابلا ، فإن الشفعة لاتسقط في هذه الصورة فإذا جاز بقاء الشفعة مع ارتفاع البيع جاز ثبوتها من غير ثبوت البيع في حق المشترى .

وأما مسألتنا فلا يتصور بقاء الميراث مع انتفاء النسب ، ألا ترى ان في اللعان إذا انتفى النسب منه انتفى الإرث مع انتفاء النسب لم يتصور أيضاً ثبوت الإرث من غير ثبوت النسب .

يبينه : ان البيع يجوز أن يثبت في حق شخص دون شخص كما يرتفع في حق شخص دون شخص ، وأما النسب فلا يتصور ثبوته في حق شخص دون شخص ، كما لايتصور ارتفاعه في حق شخص دون شخص .

ونقول على التخريج : ان البائع بالمبيع معترف على نفسه فلهذا جاز أن يقبل إقراره على نفسه في الشفعة .

وأما في مسألتنا : فالولد معترف على أبيه بالنسب فلا يقبل إلاّ بالطريق الذي ذكرنا فإن وجد في موضع يقبل وإلاّ فلا يقبل .

وأما مسألة الكفالة فتخرج على ما قلنا أيضاً فإنه تتصور الكفالة مع براءة الأصيل ولايتصور ميراث بلا نسب ، وأيضاً فإنه بالكفالة يلتزم على نفسه مالاً ليكون عليه ، فيعتبر زعمه في ثبوته ولزومه ، وهاهنا لم يعترف على نفسه بشئ ، وانما اعترف على أبيه على ما سبق .

وأما المسألة الثالثة : فالجواب عنها سهل ، لأن الحرمات يحتاط فيها ، وتثبت بالتجوّزات والشبهات فجاز ثبوتها ، وإن لم يثبت النسب حقيقة ، ولهذا في معروفة النسب تثبت حرمة النسب ، وفي مسألتنا لايثبت الميراث إذا كان الولد معروف النسب من الغير . والله تعالى أعلم بالصواب .

□□□□

((مسألة العارية))

قبض المستعير موجب للضمان عليه عندنا .[1]

وعندهم : لايوجب الضمان .[2]

فالمستعار مضمون في يد المستعير عندنا .[3]

وعندهم : إمانة .[4]

لنا :

ما روى شريك[5] عن عبد العزيز[6] بن رفيع عن

---

(١) انظر الأم : ٢١٨/٣ ، المهذب : ٤٧٨/١ ، النكت ورقه : ١٧٠/ب ، روضة الطالبين : ٤٣١/٤ ، معالم السنن : ٨٢٥/٣ .

(٢) انظر مختصر الطحاوي ص ١١٦ ، مختصر القدوري : ٤٥٣/١ مع الجوهرة ، الأسرار : ١/١٨١/ب (مراد ملا) المبسوط : ١٤٠/١ ، رؤوس المسائل ص ٣٤٣ .

(٣) انظر الأم : ٢١٧/٣ ، المهذب : ٤٧٨/١ ، النكت ورقه : ١٧٠/ب ، روضة الطالبين : ٤٣١/٤ ، معالم السنن : ٨٢٥/٣ .

(٤) انظر : مختصر الطحاوي ص ١١٦ ، مختصر القدوري : ٤٥٢/١ ، مع الجوهرة ، الأسرار : ١/١٨٢/أ (مراد ملا) المبسوط : ١٣٤/١١ ، البدائع : ٣٩٠٤/٨ ، رؤوس المسائل ص ٣٤٢ ، إيثار الإنصاف ص ٢٦٦ .

(٥) تقدمت ترجمته .

(٦) عبد العزيز بن رفيع بفاءٍ مصغراً الأسدي ، أبو عبد الملك المكي ، ==

أمية [1] بن صفوان بن أمية عن أبيه ان رسول الله ﷺ استعار منه أدرعاً ، فقال: أغصباً يامحمد ؟ فقال : لا ، بل عارية مضمونة (قال) [2] فضاع بعضها ، وفرض [3] عليه رسول الله ص أن يضمنها .
فقال : أنا اليوم في الإسلام أرغب " . [4]

وفي رواية " لما ضاع بعضها ، فقال له النبي ص إن شئت غرمتها ، فقال : ألا أن في قلبي من الإسلام غير ما كان يومئذ " . [5]

فإن قالوا : ان النبي ﷺ كان أخذها من غير رضاه بدليل أن صفوان قال: أغصباً يا محمد ؟ .

(=) نزيل الكوفة ، ثقة ، من الرابعة ، مات سنة ١١٣هـ وقد جاوز السبعين ، روى له أصحاب الكتب الستة . انظر التقريب : ص ٢١٤ .

(١) أمية بن صفوان بن أمية بن خلف الجمحي المكي مقبول من الرابعة ، روى له أبو داود والترمذي والنسائي والبخاري في الأدب المفرد. انظر التقريب : ص ٣٨ .

(٢) ما بين القوسين زيادة من سنن الدارقطني ، ومسند الإمام أحمد .

(٣) في المسند (فعرض) .

(٤) هذا الحديث بهذا اللفظ رواه الإمام أحمد في مسنده : ٤٠١/٣ و ٤٦٥/٦ .
ورواه الدارقطني في سننه : ٤٠/٣ .
وروى أبو داود في سننه إلى قوله (عارية مضمونة) . انظر : سننه : ٨٢٢/٣ ، ٨٢٣ مع المعالم ، باب في تضمين العارية .

(٥) هذه الرواية رواها أبو داود في سننه : ٨٢٣/٣ ، ٨٢٤ عن عبد العزيز ابن رفيع عن أناس من آل عبد الله بن صفون " فهو مرسل .
ورواها الدارقطني في سننه : ٤٠/٣ .

قلنا : هذا مقال محال مع ورود الرواية بأنه / ﷺ استعار، **١٤٣/ب**
ومع قوله " لا ، بل هي عارية " .
وقول صفوان " أغصباً يا محمد " انما قال ذلك لأنه ظَنّ به ﷺ انه يفعل كما يفعل الملوك يستعيرون ثم لايردون .
فإن قيل نحمله على ضمان الرد ، لأن العارية اسم للفعل لا للعين .
يقال : أعار يعير عارية وإعارة .

قالوا : وعندنا الفعل مضمون بالرد .

قلنا : هذا ليس بشئ ، لأن قول صفوان " أغصباً ؟ " ينصرف إلى العين فكذلك قوله ﷺ " لا ، بل عارية " ينصرف إلى العين .
والدليل عليه : ان بعضها لما هلك عرض عليه النبي ص ضمان العين ، فالتأويل في نهاية الضعف ، ولامزيد في النص على هذا .
وأما الذي يرويه الأصحاب مطلقاً " العارية مضمونة مؤداة " فلا يعرف.
إنما المروي كما بينّا . نعم ، قد روى أبو أمامة الباهلي ان النبي ص قال : " العارية مؤداة ، والزعيم غارم ، والدين مقضي " . (١)
ولم يذكر الضمان .

---

(١) رواه أبو داود في سننه : ٣/٨٢٤ ، ٨٢٥ مع المعالم ، باب في تضمين العارية .

وأمّا هم يروون بطريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان النبي ﷺ قال : ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المودّع غير المغل ضمان[1] ، يعني الخائن .

وهذا خبر رواه عمرو بن عبد الجبار[2] عن عبيدة[3] بن حسان عن عمرو بن شعيب ، وعمرو بن عبد الجبار وعبيده ضعيفان[4] .

(=) والترمذي في سننه : ٢٦٩/٥ مع العارضة ، باب ما جاء في أن العارية مؤداة .

وابن ماجة في سننه : ٨٠٤/٢ ، باب الكفالة .

وأحمد في المسند : ٢٦٧/٥ ، ٢٩٣ .

والدارقطني في سننه : ٤١/٣ .

وابن الجارود في المنتقى ص ٣٤٠ رقم ١٠٣٣ .

وعبد الرزاق في مصنفه : ١٨١/٨ ، باب العارية .

(١) رواه الدارقطني في سننه : ٤١/٣ ، كتاب البيوع .

والبيهقي في سننه : ٩١/٦ ، باب مَنْ قال : لا يغرم .

وعبد الرزاق في مصنفه : ١٧٨/٨ ، باب العارية .

وقد صحح الدارقطني والبيهقي وقفه على شريح .

(٢) عمرو بن عبد الجبار السنجاري قال ابن عدي في الكامل : هذه الأحاديث التي أمليتُها مع التي لم أذكرها لعمرو بن عبد الجبار كلها غير محفوظة " أهـ.

انظر الكامل : ١٧٩٠/٥ ، ١٧٩١ ، وله ترجمة في لسان الميزان : ٣٦٨/٤ .

(٣) عَبيدة بن حسان العنبري السنجاري عن الزهري .

قال أبو حاتم : منكر الحديث .

(٤) قاله الدارقطني في سننه : ٤١/٣ .

وإنما هذا شئ رواه عن شريح القاضي غير مرفوع [1] رواه عنه محمد ابن سيرين ، ورواه روح [2] عن عوف [3] عن ابن سيرين عنه . [4]

وعلى أن الأصحاب حملوا الخبر على الأجزاء [5] وهي غير مضمونة بالإستعمال إلا عند الخائن ، والخيانة أن يقول له ألبسْ هذا الثوب في الجمعات فلبس في جميع الأيام أو يقول البسْ بالنهار فلبس ليلاً ونهاراً .

وأما المعنى :ـ

نقول : العارية تبرع بالمنافع ، وأذن بالإستعمال لاغير .لأن معنى قوله : " أعرتك هذا الثوب " أيّ أبحتُ لك منافعه ، وأذنتُ لك في الإستعمال ، وإذا ثبت هذا فنقول :

(=) وقال ابن حبان : يروي الموضوعات عن الثقات .
روى عن خالد بن حيان الرقي وابن أخيه عمرو بن عبد الجبار بن حسان .
وقال الدارقطني : ضعيف ، وانظر : لسان الميزان : ٣/ ١٣٥ .

(١) قاله الدارقطني في سننه : ٣/ ٤١ .

(٢) روح بن عبادة بن العلاء بن حسان القيسي ، أبو محمد البصري ، ثقة ، فاضل ، له تصانيف من التاسعة ، مات سنة ٢٠٥ أو ٢٠٧هـ .
روى له أصحاب الكتب الستة . انظر : تقريب التهذيب ص ١٠٤ .

(٣) عوف بن أبي جميلة العبدي البصري ، ثقة ، رمى بالقدر وبالتشيع : ١٤/٣ ، من السادسة توفي سنة ١٤٦ أو ١٤٧ ، وله ست وثمانون سنه
روى له أصحاب الكتب الستة . انظر التقريب ص ٢٦٧ .

(٤) أخرجه الدارقطني في سننه : ٣/ ٤١ .

(٥) ومنهم الشيرازي في نكته ورقه ١٧٠/ب .

القبض مأذون فيه شرعاً للإستعمال خاصة ، لأنه من ضرورته فسقط حكمه فيما وراء الإستعمال فسقط الأذن في حقه، وصار كأن القبض حصل بلا إذن فيوجب ضمان العين كالغصب ومثال هذا : صاحب المخمصة إذا أكل طعام الغير هو مأذون من قبل الشرع فيه ، لكن هو مأذون في ذلك لإبقاء الحياة ودفع الهلاك عن نفسه ففي ما وراءه جعل الأذن كالعدم .

كذلك هاهنا .

ويمكن أن يقال : القبض غير مأذون فيه لعينه بل هو مأذون فيه لغيره ، وهو استيفاء المنافع ، فعمل عدمُ الإذن فيه لعينه عمل إيجاب ضمان العين ، وهذا كالصلاة في الدار المغصوبة ، وطلاق الحائض وغير ذلك لما لم يكن منهياً عنه لعينه بل كان منهياً عنه لمعنى وراءه وهو : شغل ملك الغير وتطويل العدة عمل إباحته لعينه عمله من جواز الصلاة ووقوع الطلاق ، كذلك هاهنا .

وهذا المعنى الذي ذكرناه مستخرج من قول الشافعي : انه قبضه لنفسه لا عن الإستحقاق .

وعليه الإعتماد .

وقد تعلق عامة الأصحاب في هذه المسألة بضمان الرد وقالوا : ـ

ضمان الرد مشعر بضمان العين من حيث انه إذا وجب الرد عليه صار القبض مأذوناً فيه بشرط الرد ، وإذا فات رد العين بهلاكها بقى في عهدة ضمانه باقامة بدل العين مقامها لينزل رد القيمة منزلة رد العين ، وبهذا الطريق وجب ضمان الغصب .

والحرف فيه : ان الأصل ضمان الرد ووجوب القيمة بعد الهلاك للخروج

عن ضمان الرد بقدر الإمكان ، وهذا غاية ما يمكن في تقرير ضمان الرد .
وتعلق الأصحاب أيضاً بفصل قرار الضمان وصورته : ان المستعار اذا هلك في يد المستعير ثم ظهر له مستحق وضمن المستعير استقر عليه الضمان ولم يرجع على المعير ، ولو كان الشئ في يده أمانة لكانت يده يد المالك ولصار حافظاً له فوجب أن يرجع بالضمان عليه كالوديعة اذا هلكت في يد المستودع ثم ظهر لها مستحق وضمنه المستودع فإنه يرجع بالضمان على المودع .
ونذكر وجه كلام على الفصلين ، وقد ذكرنا الطريق المعتمد .
وأما حجتهم :
قبض العين صدر عن أذن صحيح من قبل المالك فلم يكن موجباً للضمان على القابض .
دليله : قبض المستأجر ، وقبض الموصى له بخدمة العبد ، والدليل على وجود الإذن من المالك بالقبض انه يجوز للمستعير أن يقبض العين بالإجماع ، وإنما جاز القبض بإذن المالك .
يدل عليه : أنه قد وجد إما صريح الإذن أو دليله : ـ
أما صريح الإذن هو أن يأذن له بالقبض نصاً ، وأما دليله انه وإن لم يأذن له بالقبض نصاً ، فهو لما أذن له باستعمال العين ولايمكن الإستعمال إلا بالقبض فقد اذن له بالقبض .
وإذا ثبت وجود / الإذن فنقول الإتلاف في إيجاب الضمان **١٤٤/أ**
فوق القبض فإذا كان الإذن بالإتلاف يمنع تعلق الضمان بالاتلاف وذلك بأن يقول " كُلْ طعامي أو اخرق ثوبي " ، كذلك الإذن بالقبض يمنع تعلق الضمان بالقبض ، وهذا لأن ضمان القبض ضمان جبر لحق المالك ، فإنه

بالقبض يزيل يده ويده حقه فإذا ازالها بعدوان أوجب الضمان جبراً لما فات من حقه بالإزالة فإذا كانت الإزالة باذنه ورضاه لم يكن إيجاب الضمان ، لأنه حاصل بتسليطه وَمَنْ سلط غيره على تفويت حقه فقد اسقط حقه وَمَنْ أسقط حقه لم يجب له ضمان حق [1] . هذا حرفهم المعتمد ، وهو في غاية القوة .

قالوا : وأما قولكم " ان القبض مأذون فيه للاستعمال " . نسلم أن القبض مأذون فيه للاستعمال ، ولكن بهذا لايسقط اعتبار الإذن في سقوط الضمان ، كما نقول في قبض المستأجر .

قالوا : وفصل الإجارة داخل على قولكم " ان القبض صار مأذوناً له من حيث الضرورة فلا يعتبر فيما وراء الضرورة ، فإن هذا المعنى موجود في الإجارة قطعاً ، ومع ذلك اعتبر في اسقاط الضمان ، وهذا لأن القبض مشروع لفائدة كالعقد مشروع لفائدةٍ .

ففائدة المشروعية في القبض هو الإنتفاع .

وربما يقولون : الإذن بالقبض مطلق ويصور فيما لو نص على القبض وان لم ينص عليه فهو مطلق أيضاً لوجود دليله على ما سبق بيانه .

وأما اعتراضهم على فصل ضمان الرد قالوا : لِمَ قلتم إذا وجب ضمان الرد يجب ضمان العين ، وهذا لأن الرد يكون بمردودٍ فإذا هلك المردود لم يتصور وجوب الرد .

وأما إيجاب الضمان هو ايجاب حق مبتدأ بعد فوات الرد بهلاك المردود ، فمن أين قلتم إذا وجب الرد وفات بفوات المردود وجب أن

---

(١) ذكر هذا الاستدلال الدبوسي في أسراره : ١٨٢/١/ب .

يجب ضمان مبتدأ وهو القيمة ؟.

وقولكم " **ليقوم مقام الأول** " .

هذا في نهاية الضعف ، لأن الأمر اذا سقط في محلٍ لتعذره لايجب إقامة شئ آخر مقامه إلا بدليل جديدٍ ، وهذا معنى قول الفقهاء " ان القضاء واجب بأمرٍ ثانٍ "، فأما الأمر الأول لايدل على وجوب القضاء ، لأن الأمر الأول تناول فعله في وقت فإذا فات ذلك الوقت لم يجب فعل مثله بالأمر الأول ، لأنه لادليل عليه ، كذلك هاهنا ، وجب الرد عند بقاء العين وهو واجب تعلق بمحل فإذا فات المحل لم يدل الواجب الأول على الواجب الثاني لاختلاف المحلين كما لم يدل في الفصل الأول لاختلاف الوقتين .

قالوا : وكذلك العبد اذا جنى جناية فإن واجب الجناية تعلق بالعبد فلو هلك العبد سقط الحق ولم يتعلق ببدله .

فان قلتم لِمَ وجب ضمان الرد " .

لايلزمنا تعليله ، ولكن عليكم بيان وجه وجوب ضمان العين بوجوب ضمان الرد ثم قالوا : وانما وجب ضمان الرد ، لأنه أخذ العين لمنفعة نفسه فإذا تمحضت منفعة القبض له كان أولى الرجلين بوجوب ضمان الرد عليه لقوله عليه السلام (الخراج بالضمان) [1] ولما كان القبض حاصلاً بإذن

(١) رواه أبو داود في سننه : ٧٧٩/٣ مع المعالم ، باب في من اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً .والنسائي في سننه : ٢٢٣/٧ ، باب الخراج بالضمان .وابن ماجة في سننه : ٧٥٤/٢ ، باب الخراج بالضمان. والترمذي في سننه : ٢٨٥/٥ ، ٢٨٦ ، مع العارضة ، باب ما جاء في من يشتري العبد فيستغله ثم يجد به عيباً . وقال : هذا حديث حسن صحيح . ورواه الامام أحمد أيضاً في المسند : ٤٩/٦ ، ٢٠٨ ، ٢٣٧ . وابن الجارود في المنتقى ص ٢١٢ ، رقم ٦٢٦ .

المالك لم يستقم إيجاب ضمان العين عليه .

وهذا لأن ضمان العين لجبر فائت فما لم يكن التفويت بغير تسليط المالك عليه لم يستقم إيجاب الضمان عليه .

وأما ضمان الرد ليس بضمان جبر لفائت انما هو رد ملك الغير على الغير وهذا أمر لابد منه إلا أن ما يلحق من مؤونة الرد يكون المستعير أولى بالتزامها لما ذكرنا من الجبر .

والمراد بالخراج المذكور في الخبر هو المنفعة ففي كل موضع أمكن استعماله يستعمله ، وقد أمكن استعماله في مسألتنا بايجاب الرد ولايمكن استعماله بايجاب ضمان العين لما بينا ان السبب لم يوجد .

قالوا : وأما فصل استقرار الضمان على المستعير فإنما كان كذلك ، لأن الأصل ان مَنْ وجب عليه الضمان يستقر عليه وقد وجب الضمان على المستعير في الصورة التي قلتم ، لأنه تبين انه مستعير من الغاصب ، وانه قبض العين بغير اذن المالك ، فأما في الوديعة فانما يرجع المودع بالضمان على المودَع بوجود التزامه دلالة ، ودليل الإلتزام هو انه لما استعمله في منفعة يعود اليه وجعل يده يد نفسه ، فإنه ضمن له كل عهدة يلحقه ، وهذا لأن المودع لايرضى ان يحفظ لغيره ويلتزم بالحفظ له ضماناً ، بل إذا علم ذلك لايقبل الوديعة والمودع يرضى بأن يلتزم الضمان ومنفعته عايدة إليه ويده يده فكما ينتفع بيد نفسه فيكون ضمان يده عليه فكذلك ينتفع بيد غيره ليكون ضمان يد غيره عليه .

وكذلك في الإجارة وتقدير الضمان على المستودعين يؤدي الى / ١٤٤/ب تنفير الناس عن قبول الودائع .

فأما في مسألتنا فالمستعير يقبض لمنفعة نفسه فيرضى أن يكون الضمان

في مقابلته ، وأما المعير اذا عرف ان المستعير يرجع بالضمان عليه مع ان منفعة قبضه له ، لايرغب في الإعارة أصلا ، لأنه لاينفع غيره بعهدة تلحقه فأما يجوز أن يرغب في منفعة غيره مع براءته عن العهدة .

وقد تعلق مشايخهم بسقوط ضمان الأجزاء عند الاستعمال .

وقالوا : اذا سقط الضمان في صورة الإتلاف فلئن يسقط الضمان في صورة التلف بلا اتلاف أولى .

قالوا : وليس كما لو أعار المغصوب من الغاصب حين لايضمن الأجزاء بالإتلاف ، ويضمن العين بالتلف ، لأن عندنا انما تصير العين عارية بعد استعمال العين ، وإذا استعمل العين فلا ضمان سواء تلف أو أتلف بالإستعمال ، فأما قبل الإستعمال فلم تثبت بعدُ يد العارية ، وهذا لأن العارية تبرع بالمنافع فما لم يتسلم المتبرع به بالإنتفاع لاتقع البراءة عن يد الغصب .

قالوا : وأما المقبوض على سوم البيع ، فإنما جعلنا مضموناً تقليداً بقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، وهو أثر معروف [1] ، ولم يرو عن أحد خلافه . وعلى ان القبض هناك حصل على جهة العقد فيكون ملتزماً للضمان كما يكون ملتزماً بحقيقة العقد إلحاقاً لجهة الشئ بحقيقته .

وأما هاهنا لا إلتزام ولا عدوان ، ولابد للضمان من أحد هذين السببين : إمّا التزام بعقدٍ أو جهة عقد أو تحقيق تعدي أو تقديره . وفي المخمصة

---

(١) رواه عبد الرزاق في مصنفه : ١٧٩/٨ ، ولفظه " العارية بمنزلة الوديعة ولاضمان فيها إلا أن يتعدى " أهـ .

وجد تقدير تعدي ، لأن اذن المالك معدوم ، وانما وجد إذن الشرع لضرورة دفع الهلاك .

وأما في مسألتنا قد وجد اذن المالك حقيقة فلم يتصور تقدير التعدي فقد فُقدَ كلا سببيّ الضمان فلم يجب .

الجواب :

أما قولهم " **وجد القبض باذن صحيح صدر من المالك** " .

قلنا : إذن مطلق أو إذن ضرورة .

إن قلتم : مطلق ، لانسلم كما بينا ، ولأن الغاية تبرع والتبرع بالقبض لايتصور .

وإن قلتم لضرورة الإستعمال ، فهو مسلم ، لكن فيما وراء الإستعمال جعل الإذن فيه كالعدم .

يتبين بما قلنا ان العارية إثبات حق فينظر فيما أثبت فيه حق المستعير وانما أثبت الحق في المنافع ، وأما العين فلم يثبت فيها حقاً للمستعير لا ملكاً ولايداً ، فبقيت اليد حق المالك وقد جعلها المستعير لنفسه ، لأنه جعل العين في يده لينتفع بها ، فدل انه قد أثبتها لنفسه ، وَمَنْ أثبت حق الغير لنفسه فقد تعدّى ، وقد كان سبيله ألا يزيد على الإنتفاع الذي جعل له إلا انه لما لم يكن إلاّ بعد أن تكون العين في يده أعرض عن هذه اليد التي جعلها لنفسه في هذا الحكم الواحد ، وبقى معتبراً فيما وراءه ونظيره المخمصة ، والمسائل التي ذكرناها .

(=) وروى عن علي بن أبي طالب قوله " ليس على صاحب العارية ضمان " .
انظر : المصنف : ١٧٩/٨ .

وقولهم " **لم يوجد في المخمصة اذن المالك** " .

قلنا : إذن الشرع وراء إذن المالك ، وهذا لأن الحظرية تجعل الشرع لحقه فإذا أسقط حقه بالإباحة فينبغي أن يسقط الضمان ، ولكن لم يسقط الضمان للمعنى الذي قلناه .

وعلى ان المالك وان اذن بوجود الضرورة تكون هكذا أيضاً ، وإنما إذن المالك يعمل في اسقاط الضمان في موضع وجود الحظرية لحقه . وكذلك إذا أعار من الغاصب اعتبر اذنه في جواز الإستعمال ولم يعتبر اذنه في إنقلاب يد الغصب يد عارية ، ولو تضمنت الإعارة الإذن في القبض مطلقاً وجب أن تزول يد الغصب بنفس العقد ، كما لو أودع منه ، وليس لهم على هذا كلام يبالي به فتركتُه، وما ذكر أخيراً فالكلام عليه ظاهر .

وأما تعلقهم بالإتلاف المأذون فيه ، فتعلق ضعيف ، لأن الإتلاف مأذون فيه بنفسه ، وأما القبض غير مأذون فيه بنفسه بل هو مأذون فيه لضرورة الإستعمال ، ونظير مسألتنا من تلك المسألة اتلاف الأجزاء بالإستعمال فلا جرم لم يضمنها .

وأما فصل الإجارة وهو المشكل فقال الشافعي : لا عن استحقاق " .

وأراد الإحتراز عن هذا ، وفي الإجارة قد تعدّى الإستحقاق إلى العين حتى يجب عليه تسليم العين .

وهم يقولون على هذا قد تعدّى الإذن إلى العين أيضاً حتى جاز القبض فلابد من زيادة تقدير ليخرج الجواب فنقول :

الإجارة عقد استحقاق بمعاوضة ، ولابد في الإستحقاق من محل مستحق ليمكن جعل العوض في ما يقابله ، والمنافع معدومة فأقمنا محل المنافع مقام نفس المنافع في الإستحقاق وهو العين فكان تعدّى الإستحقاق الى

العين من هذا الوجه وإذا صارت العين / حق المستأجر بهذا ١٤٥/أ
التقدير لم يمكن إيجاب الضمان على المستأجر فيما هو حقه .

وأما في مسألتنا ، والعارية محض إباحة وليس في مقابلة المنافع عوض أصلاً فجاز في منافع توجد حتى إذا وجدت استوفاها . وبهذا جاز مطلقاً من غير تقدير بخلاف الإجارة لسهولة باب الإباحة فلم نحتج إلى أن نقيم العين مقام المنافع في الاستحقاق فصار حق المستعير في المنفعة فحسب ، ولم يكن له حق في العين أصلاً لا ملكاً ولايداً على ما سبق .

فإن قالوا : إذا جعلتم العقد على مازعمتم فَلِمَ وَجَبَ التوقيت ؟

قلنا : لتقدير المستوفى من المنفعة ، وعلى هذا الذي قلناه خرج مسألة الوصية بالخدمة ، لأن الإستحقاق هناك تعدى إلى العين بدليل وجوب التسليم ، وبدليل ان الوارث لو قتل العبد الموصي لخدمته يغرم القيمة .

وأما اعتراضاتهم على فصل ضمان الرد ، وفصل استقرار الضمان على المستعير .

فهي اعتراضات واقعة وقوية أجلنا الجواب عنها على من يعتمد عليها ، ونحن اعتمدنا على ما سبق .

وأما كلامهم الأخير ، فليس بشئ ، لأن الأجزاء تلفت بإستعمال مأذون فيها من قبل المالك ، فنظيره إتلاف عين مأذون فيه من قبل المالك ، فإن رجعوا إلى أن القبض هاهنا مأذون فيه أيضاً ، فالجواب قد سبق .

وقد ذكر بعض من يدّعى التحقيق والتبرّز من أصحابنا في الجواب عن فصل الأجزاء : انا نسلم عن ما اذا قال لغاصبٍ : " خرّق ثوبي فتلف قبل الخرق " فتبتنى هذه المسألة على تلك المسألة في المنع والتسليم .

وهذا تذلل عظيم في المذهب لايرضى به مَنْ له أدنى غوصٍ على معاني

الفقه، والجواب بدون هذا التذلل ، والتمسك ظاهر بين علـى ما سبق ، والله أعلم بالصواب .

□□□□

((كتاب الغصب))

مسألة :

إذا فقأ عيني عبدٍ أو قطع يديه ، فيجوز للمالك أن يضمنه قيمة العبد من غير تسليم الجثة إليه .[1]

وعندهم : لايملك إلا بشرط أن يسلم إليه الجثة .[2]

لنا :

ان الواجب بدل العينين فلا يقف التزامه ضمان العين على إزالة ملكه عن غير المضمون .

دليله : إذا فقأ عيناً واحدة ، والدليل على ان الواجب ضمان العين ، إنه ضمان جناية ، والجناية وجدت على العين ، ولأنه لو فقأ إحدى العينين كان الواجب ضمان العين ، كذلك إذا فقأ العينين كالحر .

يدل عليه : ان الحر انما ضمن ابعاضه بضمان كله لشرفه وحرمته وكذلك في العبد يكون هكذا ، لأن شرف الآدمي وحرمته موجود فيه .

وأما حجتهم :

قالوا : العبد مال فلا يجوز أن يبقى للمالك مع أخذه كمال قدر قيمته كمَنْ غصب ثوباً وخَرّقه خرقاً فاحشاً ، واختار المالك تضمينه كمال القيمة لم يكن له ذلك مع استبقاء الثوب على ملكه .[3]

---

(١) المهذب : ٢/٢٦٩ ، النكت ورقه ١٧٢/أ .

(٢) مختصر الطحاوي ص ٢٣٠ ، الاسرار : ٢/٢٨١/ب (مراد ملا) المبسوط : ١١/٨٦ ، رؤوس المسائل ص ٣٤٦ .

(٣) المبسوط : ١١/٨٦ .

وتحقيقهم : ان معنى المالية مُغلّب على أطراف العبيد ، ولهذا لايجري القصاص فيها عندنا بحال [1] ، وهذا لأن المالية في اجزاء الصورة والأجزاء هي المعتبرة في ضمان الأطراف بدليل المسائل التي عرفت من كامل اليد وناقصة اليد ، واليد الشلاء وغير الشلا، وأما في النفس فالأجزاء فيها غير معتبرة بدليل المسائل ، وإذا كانت الأجزاء معتبرة في الأطراف ، وقد صارت مالاً لم يجز اسقاط جهة المالية في ضمانها ، ولما لم تكن الأجزاء معتبرة في ضمان النفس ولا مالية فيما وراء الأجزاء بقي ضمان النفس على ما كان ، وليس فيه من حكم المالية شئ ،] ولهذا جوّزنا أن يزاد ضمان طرف العبد على بدل الحر [2] ، بخلاف ضمان النفس لايزاد عندنا على ضمان الحر . [3]

قالوا : وإذا ثبت ان الضمان ضمان مال في أطراف العبيد والجناية في مسألتنا وجدت على الطرف لم يجز أخذ كمال القيمة مع امساك الأصل ، كَمَنْ غصب شاة وقطع رجلها ، وضمّنه المالك كمال القيمة يسلم إليه الجثة [4] وكذلك هاهنا ، وهذا بخلاف الحر ، لأنه لامالية فيه فلم يجز اعتباره بضمان / الأموال بحال .] .[5] **١٤٥/ب**

قالوا : ولايجوز أن يقال لو كان هذا الضمان ضمان مالٍ وَجَبَ أن

---

(١) مختصر الطحاوي ص ٢٣١ .

(٢) أي انه ديته مساوية لدية الحر . انظر : مختصر الطحاوي ص ٢٣٠ .

(٣) المبسوط : ٨٦/١١ .

(٤) المبسوط : ٨٦/١١ .

(٥) ما بين القوسين نقلاً من الأسرار : ٢/٢٨٢/أ (مراد ملا) .

يجوز له أن يغرمه نقصان الفقأ والقطع وإمساك الجثة كما في سائر الأموال .

[وكما قال أبو يوسف ومحمد في هذه المسألة من أصحابكم فإنهما جريا من غير تناقض [1] ، وأبو حنيفة ناقض ذلك [2] ، لأنا وان ألحقناه بضمان الأموال لكنا لانعرض عن كونه آدمياً من وجه فإن العبد مال من وجهٍ آدمي من وجهٍ فلابد من اعتبار كلامهما فالقول بما قال الشافعي اسقاط اعتبار انه ضمان مال ، والقول بما قال أبو يوسف ومحمد من تضمين النقصان وامساك الجثة اسقاط اعتبار انه ضمان آدمي ، لأن تضمين النقصان لايمكن إلاّ بعد التوزيع الواجب على العين والفائت من الطرف ، وهذا التوزيع لايتصور في ضمان الجناية على الآدمي ، بل ووجه ذلك : انه بحكم انه جناية على آدمي لايجب متوزعاً فلم يجز له تضمين النقصان بل يكون الواجب بإزاء الفائت وبحكم انه ضمان مالٍ لم يجز له أن يأخذ كل بدل العين مع إمساك العين بل قيل له من شرط استيفائك هذا الضمان أن تزيل الجثة عن ملكك ، وهذا كَمَنْ هشم قُلْب فضة يضمن لصاحبه ولكن ليس لصاحبه أن يضمنه إلاّ بترك الأصل عليه وأخذ القيمة من خلاف جنسه] [3] لأن الجودة في الموزونات متقومة مع

---

(١) انظر الأسرار ورقه : ٢/٢٨٢/أ (مراد ملا) .

(٢) يشير إلى قوله " ماجناه الحر عليه من قطع عضو أو من فقء عين وجب عليه فيه جزء من قيمته إلا حصة من عشرة دراهم من قيمته .... " ذكره الطحاوي في المختصر ص٢٣٠ .

(٣) ما بين القوسين نقلاً من الاسرار : ٢/٢٨٢/أ (مراد ملا) .

أصلها غير متقومة منفردة عن أصلها فجعل ضمانه بين هذين الأصلين فقيل إذا أمسك الأصل وأراد تضمين الجودة على انفرادها لم يكن له ذلك كما لو اتلف شيئاً لاقيمة له من خمرٍ ودمٍ ونحوه ، وإذا أراد ترك الأصل عليه وتضمينه جميع القيمة بخلاف جنسه ظهرت القيمة وجاز له ذلك ، كذلك في مسألتنا هذه ، فإن الجناية موجودة على الآدمي لكنها بخلاف سائر الجنايات من حيث ان الواجب بدل الطرف والطرف مال فكان بدل مال لابدل نفس من هذه الجهة ولابد من إظهار حكم السبب في انه جناية على الآدمي ، وحكم البدل، لأنه واجب عن مال فيقال له : قد وجب لك كل ضمان النفس بإزاء الفائت بحكم الجناية غير متوزع على الفائت والباقي ، لكن لاستيفائه شرط ضمان المال ، وهو ألا يسلم لك الأصل مع كل الضمان فان شئت أتيت بالشرط وأخذت الحق وإن شئت أبطلت حقك بإعدام الشرط مثل مسألة الهشم في المعنى سواء هذه طريقة أبي زيد قالها في الأسرار . (1)

وقال في كتاب الجواهر : لما كان مالاً مضموناً من وجهٍ آدمياً مضموناً من وجهٍ اعتبر بالآدمي في إحدى العينين ، وبالمال في كلا العينين ، عملاً بالشبهين ، وهذا كما قلنا في مسألة دية النفس انها إذا انتقصت عن دية الحر اعتبرت بالمال ، وإذا زادت تعتبر بالآدمي ، وهذا لأن المال يتقوم بأجزائه فلا يتصور وجوب كل الضمان بالبعض " هذا حكاية لفظه .

---

(1) ما بين القوسين نقلاً من الاسرار : ٢/٢٨٢/أ (مراد ملا) .

الجواب :

أما قولهم " **مال** " .

يجوز أن يقال على المقابلة آدمي فجاز تضمين الجاني بالجناية عليه مع بقاء المجني عليه على أصل السلامة لصاحبه .

دليله : الحر .

وأما قولهم : **ان معنى المالية مغلب على أطراف العبيد** " .

قلنا : لانسلم ، بل حكم الأطراف حكم النفوس في الأحرار والعبيد وإلحاق الأطراف بالأموال ظلم عظيم على الأطراف ، وقطع الأجزاء عن النفوس حيف على النفوس .

ومما يدل على أن الأطراف معتبرة بالنفوس لا بالأموال ان العبد إذا أقر على نفسه بالسرقة وجب عليه القطع ، وإذا أقر عليه المولى بالسرقة لم يجب ، مثل ما لو أقر العبد على نفسه بالقصاص في النفس وجب عليه ، وإذا اعترف المولى عليه لم يجب .

ثم نقول الدليل على أن الواجب ليس ضمان المطالبة : ان لو أراد إمساك الجثة وتضمينه النقصان لم يكن له ذلك ولو كان ضمان مال جاز له ذلك ، ألا ترى ان في الثوب إذا خرّقه انسان ، والشاة اذا قطع رجلها انسان له أن يمسك الثوب ويضمنه الخرق ، وفي الشاة له أن يمسكها ويضمن النقصان ، وليس لهم على هذا كلام إلا اعتبار الشبهين .

وطريقة الشبهين في كل موضع تستعمل ضعيفة جداً لوجهين من الكلام : ـ

أحدهما : انها طريقة المترقفة المتحيرة لاطريقة الفقهاء فإن الفقه يظهر بترجيح المعاني ، وتغليب الأشباه واعتبار الشبهين ليس من الفقه في شئ .

الثاني : انه ما من موضع يستعمل فيه / طريقة الشبهين إلاّ والخصم

يمكنه اسقاطها بالمقابلة / . ١٤٦/أ

وبيان ذلك في مسألتنا انا نقول : لوجود الشبه بالأموال .

قلنا : ينتقص بدل النفس بفوات الأطراف .

ولأجل الشبه بالنفوس قلنا : له أن يضمنه بدل الفائت من الجزء وأن تقدر بجميع قيمة الجملة مع بقاء الجملة لصاحبها وسلامتها له .

وعلى الجملة كلامهم بناء على التفريق بين الأطراف والنفوس ، ونحن لم نسلم لهم ذلك بحال .

وقولهم : " **ان المالية إنما يتصور في أجزاء النفوس** " .

قلنا : هي متصورة في الأجزاء والجملة جميعاً ، لأنه معنى حكمي ثابت في الجملة بأجزائها ، ولولا ثبوتها في الجملة ثبت [١] في الأجزاء .

فإن قالوا : ليس انكم قلتم في قيمة العبد ان المضمون هو المال دون الدم ، ثم زعمتم هاهنا ان المضمون هو الدم ، وهذا تناقض بيّن .

قلنا : نحن نتبع الدليل في كل مسألة فنقول في قيمة العبد المضمون هو المال دون الدم ، لأن الواجب هو القيمة ولايتصور إيجاب القيمة في مقابلة الدم فجعلناها في مقابلة المال على ما ذكرنا في تلك المسألة .فأما في [٢] مسألتنا اتبعنا دليلاً آخر وهو ان الواجب بقطع اليدين وفقأ العينين كل القيمة وتقدير الواجب بجميع القيمة دليل على اعتبار النفوس في هذا الحكم ، وان العبيد ألحقوا بالأحرار في هذا ، وإذا

---

(١) كذا في المخطوط ، ولعل صحة العبارة (لم تثبت) .

(٢) في المخطوط قوله " فأما في " مكرر مرتين ، ولعله خطأ .

قام الدليل على اعتبار النفسية اعتبرنا ذلك ، ولم نبال بأخذ قدر جميع قيمة الجثة ، مع بقاء الجثة على ملكه كالحر سواء .

وأما مسألة الهشم ، فهي على أصولهم ، ويجوز عندنا على أحد الوجوه أن يضمنه النقصان مع بقاء القُلّب له وإمساكه .

وقيل : انه يجوز أيضاً وان كان من جنسه ولايُعدّ ذلك ربا ، لأن الربا إنما يدخل في العقود ، وأما في ضمان المتلفات فلا . وأما إذا خرّق الثوب يضمنه النقصان ان كان للباقي قيمة ، وان لم يكن للباقي قيمة فالخرق إتلاف فلهذا ضمن جميع القيمة .

وقد قال مشايخهم : ان ما قلتم يؤدي إلى الجمع بين البدل والمبدل في ملك واحدٍ وهو غير جائز ، وهذا بناءً لهم على ان الواجب في مقابلة الجثة .

وقد بينا ان الواجب في مقابلة العينين ، لأنه ضمان جناية فيكون في مقابلة الفائت بالجناية خاصة لا في مقابلة الفائت وغير الفائت .

وان زعموا ان فقأ العينين إتلاف حكماً " .

يقال لهم : ضمان الجناية يجب بالإتلاف الحسّي في مثل هذا الموضع ويقابل التالف حسّاً ولايقابل التالف حكماً ، ألا ترى ان في الحر يُعدّ هذا الفعل أيضاً إتلافاً من حيث الحكم ، ومع ذلك الواجب بإزاء التالف الحسّي من العينين واليدين بإزاء التالف الحكمي من النفس بدليل انه لو أتلف النفس بعد ذلك أو جني على عضوٍ آخر يجب ما يجب من قتلٍ .

وقد ألزمهم مشايخنا فصل المدبّر ، وقطع إحدى اليدين ، وهم يقولون في المدبّر إذا فقأ عينيه أو قطع يديه يجب ضمان النقصان ولاتجب جميع القيمة .

وقالوا : في قطع إحدى اليدين لم تجب عليه جميع قيمة الجثة حتى يجب تسليم الجثة له عند أخذها .

فإن قلتم : ملكوه نصف الجثة فهو حيف عظيم على المالك ، لأنه يبقى عليه نصف عبدٍ ناقص بأخذه نصف القيمة ، وهذا محض ضرر ، وهذا لأنه لم يأخذ ما يقابل جميع الجثة ، وانما أخذ ما يقابل بعض الجثة ، والجناية الحاصلة على بعض الجثة .

فأما في مسألتنا أخذ ما يقابل جميع الجثة فلا يجوز أن تبقى الجثة على ملكه كما سبق .

والجواب عن هذا ممكن وتمشية الإلزام بقطع إحدى اليدين على ما قاله الأصحاب متأتٍ ، لكن الإعتماد على ما قلناه أولى ، والله أعلم بالصواب .



((مسألة))

المضمونات لاتملك بالضمان عندنا .[1]

وعندهم : تملك .[2]

والمسألة تدور على أن الغصب هل يكون سبباً للملك أم لا ؟

فعدنا : لايكون سبباً للملك بحال .[3]

وعندهم : الغصب موجب لملك المبدل بإيجابه الملك في البدل .[4]

لنا :

ان ضمان الغصب ضمان جناية فلا يفيد ملك المضمون .

دليله : ضمان القتل ، وان عللّنا للسبب فنقول : الغصب جناية فلا يكون سبباً للملك ، دليله القتل ، وهذا لأن الجنايات عدوانات والعدوانات لاتكون سبباً للملك ، لأن الملك مشروع فلا يثبت إلا بسبب مشروع ،

---

(١) انظر : المهذب : ٤٨٤/١ ، روضة الطالبين : ٣٦/٥ .

(٢) انظر الأسرار : ٢٨٩/٢ /ب (مراد ملا) ، مختصر الطحاوي ص ١١٨ ، المبسوط :٦٧/١١ ، مختصر القدوري : ٤٤٠/١ مع الجوهرة ، بدائع الصنائع : ٤٤٢٥/٩ ، رؤوس المسائل ص ٣٤٧ ، إيثار الأنصاف في آثار مشكل الخلاف ص ٢٥٦ .

(٣) الأم : ٢١٩/٣ ، المهذب : ٤٨٤/١ .

(٤) انظر الأسرار : ٢٨٩/٢ / ب (مراد ملا) ، بدائع الصنائع : ٤٤٢٥/٩ .

والجناية بالغصب محظور محض وليس فيها وصف من المشروعية بحال ، وغير المشروع لايكون سبباً للمشروع ، وكذلك ضمانه لايفيد الملك ، لأن الضمان وجوبه بناءً على السبب ، وإذا كان بسبب الضمان لايصلح أن يكون سبباً للملك فالضمان الصادر عنه لايصلح موجباً للملك . ولأن ضمان الغصب لو أفاد الملك في / المضمون لأفاد بنفس **١٤٦/ب** وجوبه ، كضمان الثمن في البيع الصحيح ، وضمان القيمة في البيع الفاسد على أصولهم ، وحين لم يُفد بنفس وجوبه ، دل انه لايُفيد أصلاً .
وبيانه : انه إذا غصب شيئاً فهلك في يده وجبت قيمته عليه ، ومع ذلك لايملك المغصوب بالإجماع ، وهذا لأن الملك يقابل بالملك ، والتسليم بالتسليم ، فإن كان هذا الضمان يفيد الملك في المضمون فإذا ملك المغصوب منه القيمة وهي البدل وجب أن يملك عليه المبدل .
فإن قالوا : لايملك الا بقضاء القاضي وحين يقضي بها القاضي مَلَكَ الغاصبُ المبدلَ .

قلنا : اذا هلك العين في يد الغاصب وعرف هلاكه ، أيش الواجب على الغاصب ؟ إن قلتم العين المغصوبة فمحال ، لأنها هالكة ، والهالك لايتصور ثبوته في ذمة أحدٍ .
وإن قلتم : مثلها فلا يجوز أيضاً ، لأن العبد لامثل له ، والمسألة مصورة في غصب العبد أو الثوب ، ولا مثل لواحدٍ منهما ، ولأنه كيف يثبت مثله في ذمته ولايطالب به بحالٍ ؟ ، فدل ان الواجب القيمة .
وأما توقيف وجوب القيمة على قضاء القاضي فلا معنى له ، لأن هلاك

العين كافٍ في وجوب القيمة ، ولهذا إذا رفع الأمر إلى القاضي يطالب بالقيمة لا بعين العبد فتبين قطعاً إن القيمة واجبة بنفس الهلاك ، ومع ذلك لم يوجب ملك ما يقابله ، فكذلك إذا قضى القاضي يكون مثله .

وأما حجتهم :

قالوا : الغصب سبب لملك البدل فيكون سبباً لملك المبدل .

دليله : البيع .

وهذا لأنه إذا ملك المغصوبُ منه البدلَ ، ولم يملك عليه المبدل يجتمع في ملكه البدل والمبدل ، وهذا لايجوز ، ولم يرد به الشرع بحالٍ ولأن ملكه لايصلح أن يكون بدلاً عن ملكه ، ومالايصلح بدلاً لايكون بدلاً ، وإذا ثبت هذا فنقول : من ضرورة ملكه البدل خروج المبدل عن ملكه ، أما ثبوت ملك البدل فلا إشكال فيه .

والدليل عليه انه يوفر عليه قضايا الأملاك .

وأما دليل ان البدل بدل العين انه يجب جميع قيمة العين ولاتجب جميع قيمة العين إلا بازاء العين ، وهذا لأن تفويت معنى في العين لايجوز أن يقابل بجميع قيمة العين فإن تفويت معنى في العين يتنزل منزلة نقص يخل منه في العين ، وجميع قيمة العين لايجوز أن يقابل يخل العين .

قالوا : أو نقول إذا قطع يديّ عبدٍ أو فقأ عينيه ان الواجب بإزاء جميع العين ، لأنها صارت تالفة حكماً بقطع اليدين .

وحرفهم في هذا الدليل ان ضمان نقصان يخل العين لايقابل بجميع قيمة العين ، دل ان الواجب بدل العين قطعاً ، ولأن ضمان الغصب ضمان جبر ، ومعنى " الجبر " إن إزالة اليد تتنزل منزلة الإتلاف حكماً فوجب القيمة جبراً للتلف ، ولايتصور جبر إلاّ بهذا الوجه إلا أنها لما لم يكن تالفة

حسّاً فاستقام إثبات الملك فيه للغاصب .

يدل عليه : ان من مذهب الشافعي انه إذا قدر على الأصل يلزمه رد هذا البدل [1] ، ولو لم يكن بدلاً عن العين لم يلزمه رده عند القدرة على العين .

واستدلوا بمجموع هذه الدلائل : ان الواجب ليس ببدلٍ عن الحيلولة وإذا ثبت انه بدل عن العين تضمن القضاء به خروج المبدل عن ملكه على ما سبق .

قالوا : وأما قولكم " ان الغصب عدوان فلا يكون سببا للملك " .

قالوا : الغصب صار سبباً بإيجابه ملك البدل ، وهو بايجابه ملك البدل ليس بعدوانٍ من هذا الوجه ، كما ان الزنا يوجب حرمة المصاهرة لكونه سبباً لخلق الولد ، وهو من هذا الوجه ليس بمحظورٍ .

وقال أبو زيد في الأمالي :

على هذا ان وقوع الملك في البدل حكم شرعي ، وليس بعدوان فلما صار الغصب سبباً لملك البدل لم يكن عدواناً ، عُلَم انه سبب لملك الأصل لا على معنى انه سبب لإثبات ملك له عدواناً ، بل كان ملك البدل بالغصب أمراً مشروعاً ، ثم السبب المشروع لملك مالٍ بدلاً عن مالٍ مشروع سببا لملك البدلين جميعاً على سبيل المقابلة كالبيع ، وحرّر على هذا فقال :

الغصب سبب لملك بدل أصلٍ هو مال فيكون سبباً لملك ذلك الأصل .

الدليل عليه : البيع .

وقال بعضهم :

لما وجب الضمان على الغاصب ، والضمان مقيد بالمثل شرعاً ، ومتى لم

---

(١) الحاوي الكبير : ٢١٨/٧ .

يفوت الملك على المالك في العين وبقيت العين على ملكه ووجب على الغاصب ضمان العين لم يكن هذا الضمان مثلاً للأول فاحتجنا الى إزالة العين عن ملك المالك ليمكن إدخال البدل في ملكه والشئ يقتضي شرطه فصار قضاء القاضي بالضمان الذي هو سبب لثبوت الملك في / ١٤٧/أ البدل مقتضياً زوال العين عن ملكه شرطاً لدخول البدل في ملكه كما في قوله " اعتق عبدك عني على ألف درهم " فان الملك يثبت شرطاً لتصحيح العتق .

وعلى هذا قالوا : إذا كان الملك في المبدل بطريق الاقتضاء لملك البدل فعُدوا نية السبب في ملك المبدل لم تكن مانعاً منه .

قالوا : ولايلزم على ما قلنا اذا غصب مدبّراً حيث يضمن الغاصب قيمته ولايملك المدبّر ، لأن هناك السبب قد وجد إلاّ انه امتنع العمل لمانعٍ ، وهو أنه لايحتمل النقل من ملك إلى ملكٍ ويجوز أن يوجد سبب الملك ويمتنع عمله لمانعٍ .

وحرفهم : أن بقاء الملك في المدبر ضرورة .

وقال بعضهم : ان الضمان في المدبر يقابل اليد ضرورة ، لأنا لو جعلناه في مقابلة الرقبة احتجنا إلى أن نزيل الرقبة عن ملك المالك ولايمكن ، ومعتمدهم الأول .

واعتذر أبو زيد عن المدبّر في الأمالي وقال :

أولاً : تعليلنا لبيان ما قلناه سبب لملك الأصل في الجملة ، لالبيان أنه في أيّ محلٍ يعمل في أيّ محلٍ لايعمل ، ثم قال : الغصب يشبه الجناية التي هي القتل ويشبه البيع ، أما شبه الجنايات فلأنه عدوان في نفسه ، وشبه البيع لأنه سبب لملك بدل يختص بالمال ، ولايوجب بدل غير المال

بحالٍ مثل البياعات ، فمن حيث انه جناية أوجب الضمان فيما لايملك من غير ملك المبدل وهو المدبّر كالجنايات ، ومن حيث انه يشبه البيع .

قلنا : انه يوجب الملك فيما يملك وهو القنّ .

قالوا : ولايجوز أن يقال إن الآبق والهالك لايحتمل الملك أيضاً ، قال : إمّا الآبق فلا شك انه محتمل للملك ، وعلى أن عندنا إذا ثبت الملك في المغصوب يستند الملك الى وقت الغصب ، وعند الغصب لا هلاك ولا إباق ، وفي المدبّر قد وجد التدبير عند الغصب .

فإن قلتم : كيف يستند وفي الحال لايمكن إثبات الملك ؟ ولأنه في المستندات من اعتبار الحال نقول : ملك المغصوب ليس يثبت مقصوداً ، وإنما يثبت شرطاً لدخول البدل في ملكه وبهلاك المغصوب لم يبطل وجوب البدل بل تقرر ، فإذا قضى به القاضي وملك الغاصب بالقضاء استند ملك البدل إلى وقت الغصب ، لأنه السبب ، وإذا استند ملك البدل اقتضى شرطه ، وهو زوال المبدل عن ملكه ، لأنه لاصحة إلا به .

قالوا : والملك يقع في المبدل وقت القضاء ووقت القضاء كان الشئ قائماً محتملاً للملك .

قالوا : ولايجوز أن يقال ان هذا البدل بدل خلافة لابدل مقابلة بدليل انه يعتبر العجز عن الأصل ليقام الخلف مقامه ، وفي بدل المقابلة يعتبر قيام المبدل حتى يحصل البدل في مقابلته ، كالثمن مع المثمن ، والأصل في الخلف انما يقوم مقام الأصل حال العجز عنه ، وإذا جاءت القدرة على الأصل سقط اعتبار الخلف كما في الماء مع التراب هذا لايجوز أن يقال ، لأن الذي قلتم : انه بدل خلافة فمسلم ، ولكن لابد من إزالة الأصل عن ملكه حتى يدخل البدل في ملكه ، فإذا دخل البدل في

ملكه وزال الأصل عن ملكه وقع الفراغ عنه فبعد ذلك يكون القدرة على الأصل قدرة بعد حصول المقصود بالبدل فلا يسقط اعتبار البدل كما لو تيمم وصلى ثم وجد الماء .

قالوا : ولايجوز أن يقال لو استند الملك لَنَفَذَ العتق من الغاصب ، ولَمَلَكَ الأولاد .

قالوا : أمّا العتق إنما لم ينفذ ، لأن ما يثبت بطريق الإسناديثبت من وجهٍ دون وجهٍ ، لأن الغصب لم يكن سبباً للملك عند الغصب . وإنما صار سبباً للملك عند ملك البدل ثم تستند السببية فيكون الملك ثابتاً من وجهٍ دون وجهٍ ، لأن السببية كان ثابتة من وجهٍ دون وجهٍ ، والملك الثابت من وجهٍ دون وجهٍ يكفي للبيع ولايكفي للعتق كملك المكاتب .

وأما فصل الأولاد انما لم يملكها ، لأنا ذكرنا في كتاب البيوع أن الولد يسري إليه بسبب ملك الأصل وهو البيع ، ولانقول يملك بملك الأصل ، وملك الغاصب ملك خلافة فتخلُفُه في الملك لا في السبب الذي مُلكَ به الأصل ، لأنه يثبت بطريق الضرورة لئلا يجتمع في ملكه البدل والمبدل ، ولما صار خليفة في الملك لا في السبب ، والولد مملوك بالسبب الذي ملك به الأصل ، فإذا لم يصر خليفة في السبب لم يملك ما يملكه بذلك السبب ولم يكن مملوكاً بملك الأصل حتى إذا صار خليفة في ملك الأصل ملكه .

وأما الكسب لايملك بالسبب ، لأن السبب لايسري الى الكسب فصارت علة / ملك الكسب وجود الملك في المكتسب يوم الكسب وقد **١٤٧/ب** صار الملك للغاصب فيكون الكسب له .

وقد ذكروا عذراً آخر عن الولد أضعف من هذا فتركتّه .

قالوا : ولايلزم اذا أخذ القيمة بقول الغاصب ثم وجد العين حيث

تسترد ، لأن التعليل وقع لايجاب الملك في المغصوب ، وهنالك قد وقع الملك للغاصب في المغصوب إلاّ انه تملك غير لازم ، لأنه لم يرض به حيث أخذ بقول الغاصب ، وهو يزعم ان البدل أكثر بما قاله الغاصب ، وإذا لم يلزم الملك لعدم الرضا يثبت له خيار الرد ، كما لو اشترى شيئاً ثم وجد به عيباً لم يكن الملك لازماً ، لأنه لم يرض كذلك هاهنا .

الجواب :

أما قولهم " **سبب لملك البدل** " .

لانسلم ، انه بدل العين بل هو ضمان إزالة اليد ، وهذا لأن الضمان انما يكون بازاء الفائت لابازاء الباقي،والعين باقية على ملك المغصوب منه ، وانما الفائت هو اليد ، فيكون الضمان بإزاء الفائت من اليد لا بازاء الباقي من العين ، ولأن الضمان الأصلي إعادة اليد ، فإنه إذا كانت العين قائمة في يده انما يجب عليه اعادة اليد فإذا هلكت العين أو أبق العبد تجب القيمة ليكون اثبات يده في القيمة مكان إعادة يده في الأصل أن لو كان الأصل قائماً .

فإن قالوا : ان العين هلكت حكماً بالإباق لفوات الوصول إلى المنافع .

قلنا : هذا بعيد ، لأنها باقية حسّاً فكيف تجعل هالكة وقد أمكن إيجاب الضمان من غير أن يجعل في حكم الهالك ؟ وجعل الشئ القائم هالكاً من غير ضرورة محال .

وقولهم : " **انه يملك البدل** " .

قلنا : بلى، ولكن ليكون الثابت له يد ملكٍ كما كان الفائت يد ملكٍ .

وقولهم : انه تجب جميع قيمة العين "

قلنا : لأنه وجبت القيمة لتكون يده في القيمة مكان يده الفائتة في العين فوجب جميع القيمة ليستقيم اثبات يدٍ له بدلاً عن اليد الفائتة .

ويمكن أن يقال الشئ للمالك ملكاً والشئ له يداً ، وبالغصب قد فوّت الشئ عنه يداً فلابد من إيجاب قيمة الشئ ليكون له مكان الأول يداً على ما سبق .

وأما قولهم : " انه إذا وجد الأصل يرد إلى البدل المأخوذ " .

قلنا : انما وجب ذلك لأنه عادت يده إلى الأصل فوجب رد ما وجب له مكانه ويستوضح هذا الجواب بفصل المدبّر : فإن الواجب بإزاء إزالة اليد في المدبّر .

وقولهم " انه بدل العين إلا انا لم نوجب الملك في الأصل لأنه لايمكن إيجابه " .

قلنا : لاتوجبوا الضمان أصلاً ، لأنه لما كان بدلاً واجتماع البدل والمبدل في ملكه لايجوز ، ومن ضرورة ملك البدل خروج المبدل عن ملكه ولايمكن فدعوا الضمان أصلاً ، وقد اسقطتم ضمان الغصب في أم الولد فاسقطوا في المدبّر أيضاً .

جواب آخر عن أصل الطريقة :

وهو على تسليمنا انه بدل العين ، ولكن مع هذا لايملك المبدل ، لأنه لم يملك البدل ملكاً مستقراً ، وإنما ملك لضرورة عجزه عن رد العين ليرده عليه عند قدرته عليها ، فلمَ قلتم ان ملك البدل على هذه الصفة يوجب ملك الأصل بل لايوجب كما في المدبّر .

فإن قالوا : في المدبّر ان البدل بإزاء اليد لا بإزاء العين ، فليس

هذا مذهبهم لأن عندهم ان الرقبة هالكة حكماً اذا تعذر استردادها فنحتاج الى جبرها ، ولابد في الجبر أن يكون البدل في مقابلة العين وقد نص أبو حنيفة في كتابهم " انه إذا غصب مدبراً ثم غصب من يده غاصب آخر فاختار المالك تضمين الأول فإن الأول يُضمن الثاني " .

فلو لم يكن الضمان في مقابلة الرقبة لم يكن له تضمين الثاني . فثبت ان في المدبر الواجب عندهم في مقابلة الرقبة ، ومع ذلك لم يملك الرقبة لما بينّا ان الملك في البدل غير مستقر .

فإن قالوا : لم يكن لهذا المعنى ، بل لأنه لايحتمل الملك " .

قلنا : قد أجبنا عن هذا ، وعلي أنا نقول في مسألتنا : الهالك لايحتمل الملك .

وأما الإسناد الذي قالوه ، فباطل ، لأنه لابد من محل الثبوت في الحال حتى يستند .

والذي قالوا : **ان الأصل ملك البدل** " .

قلنا : إذا أوجب ملك البدل صار أصلاً ، لأن البدل والمبدل لابد من مقابلتهما بالأصالة كالثمن مع المثمن .

والذي قالوا : من وقت القضاء يستند .

قلنا : العين هالكة وقت القضاء ، فكيف يتصور ثبوت الملك فيه حتى يستند ؟ وأيضاً فإن الإسناد متعذر ، لأن السبب عدوان محض ، واسناد الملك إلى سبب هو عدوان محض لايجوز .

وقولهم " انه ليس بعدوان من حيث ملك البدل " .

قلنا : ملك البدل لاينسب الى ملك / البدل بل ينسب **١٤٨/أ** الى السبب الذي يملك به البدل كما في البيع ، وإذا نسب إليه فهو في

عينه عدوان محض فبطل أن يكون سبباً .

ويقال لهم : أنتم تلحقون هذا السبب في ملك البدل والمبدل بالبياعات والبيع لايوجب ملك البدل من حيث انه يوجب ملك البدل ، ، بل هو يوجب الملك في البدل والمبدل بعينه ، ويكون سبباً تاماً في كل واحد منهما ، فهذا الذي قالوه بيان بطلان السببية لأن السبب إذا لم يكن بنفسه موجباً لملك المبدل لايصير بملك البدل سبباً كالجناية بالقتل ، ولأن السبب لايصير سبباً بحكمه وانما يكون سبباً بنفسه ، فكأنهم جعلوا هذا السبب سبباً لحكمه وهو ملك البدل ، ولأن الأحكام بالأسباب ، لأن الأسباب تصير أسباباً لإحكامٍ .

وفي المسألة لهم تخبطات كثيرة ، ومناقضات يتعذر عليهم الخروج عنها فاختصرنا وأقتصرنا على ما سبق . والله أعلم بالصواب .

((مسألة))

زوائد المغصوب من الأولاد والثمار وغيرها مضمونة عندنا .[1]

وعندهم : لاتكون مضمونة .[2]

لنـــا :

ان الولد مغصوب فيكون مضموناً كالأم ، وكذلك سائر الزوائد ، ثم الدليل على انه مغصوب ثبوت يد الغصب عليه ، وكل ما ثبتت عليه يد الغصب يكون مغصوباً ، وهم يمنعون ثبوت يده عليه أصلاً ، وان سلموا ثبوت يده عليه يقولون : الغصب مفقود ، لأن الغصب ليس هو إثبات اليد على الشئ حتى يقال إذا ثبتت يده على الولد يكون غاصباً له فنحتاج في هذه المسألة إلى ان نبين أولاً ثبوت يده عليه بصنع من قبله ثم نبين ان الغصب هو إثبات اليد ويبنى عليه الضمان .

أما الدليل على ثبوت يده على الولد المشاهدة ، فإن المسألة مصورة فيما إذا كان الأم والولد في يده .

فإن قالوا : هو في يده ولكن لابصنعه " .

قلنا : يده صنعه وهو في يده فيستحيل نفي صنعه مع وجود يده .

---

(١) مختصر المزني مع الأم : ٣٧/٣ ، المهذب : ٤٨٦/١ ، النكت ورقه ١٧٣/ب ، الحاوي الكبير : ١٥٠/٧ ، روضة الطالبين : ٧/٥ ، ٢٧ .

(٢) مختصر القدوري مع الجوهرة : ٤٤٣/١ ، الاسرار : ٢٨٤/٢ /ب (مراد ملا) ، المبسوط : ٧٨/١١ ، بدائع الصنائع : ٤٤٠٤/٩ ، رؤوس المسائل ص ٣٥٢ ، إيثار الأنصاف ص ٢٥٥ .

فإن قالوا : جعل في يده لابفعله بل ، فإن الله تعالى خلق الولد في يده ، وإذا كان الله جعل الولد في يده انعدم صنعُه وإذا انعدم صنعُه انعدم غصبُه .

قلنا : إذا حصل في يده ويده يد غصبٍ على الأم ، فالحاصل في يد الغاصب مغصوب .

فإن قالوا : يده يد غصبٍ في الأم ، فأما في الولد فلا ، ويجوز أن يكون له يد غصب في شئ ويد أمانة في شئ آخر .

وربما يقولون : الغصب قد انقضى ، لأنه فعل ينقضي بالفراغ منه وانما بقى حكم الغصب في الأم لا نفس الغصب .

الجواب :

ان الولد حصل في اليد التي على الأم ، واليد على الأم يد غصبٍ فيكون حاصلاً في يد الغصب ، ثم يدل على استدامة وجود الغصب في الأم فنقول : الغصب فعل حسي فإذا استديم الفعل الحسّي صار الغصب مستداماً . وإذا صار الغصب مستداماً بهذا الوجه ، فاليد التي بها يصير مستديماً للغصب في الأم تصير به غاصباً للولد ، وهذا كجرح يستديمه في محل حسّاً يجوز أن يجرح به في محل آخر فيكونه مستديماً للجرح في المحل الأول مبتدئياً للجرح في المحل الثاني ، وهذا الكلام بناءً على أن الغصب هو اثبات اليد وسنبين وجه صحة ذلك .

ونستدل في ثبوت يده على الولد بصنعه بوجهٍ آخر فنقول : سبب بحصول الولد في يده بفعلٍ هو تعدٍ ، ونعني " بالتسبيب " إمساك الأم فيضاف إليه بالتحصيل ، كما لو سبّب التلف بحفر البئر أو وضع الحجر ، فإنه يضاف إليه بالإتلاف ، كذلك هاهنا .

وهذا دليل معتمد .

فإن قالوا : انما يضاف إليه تسبيباً ما يتصور أن يضاف إليه مباشرة وحصول الولد لايتصور أن يضاف إليه مباشرة فلا يضاف تسبيباً بخلاف التلف .

وهذا ليس بشئ ، لأن مباشرة تحصيل الولد في يده متصور ، وليس الكلام في أصل حصول الولد ، انما الكلام في تحصيله في يده .

وسؤالهم المعتمد هو أن يسلموا حصوله في يده لصنعه ، لكن يقولون لم يحصل بصنعٍ هو غصب ، لأن الغصب ليس هو إثبات اليد .

فنقول : الدليل على ان الغصب هو إثبات اليد أن إثبات اليد يكفى للملك فيكفي للضمان .

وصورة إثبات الملك بنفس إثبات اليد في المباحات .

فإن قالوا : الملك لايتعدى من المحل الى غيره ، والضمان يتعدى من المحل إلى المالك ، لأنه يجب له فلابد من فعلٍ يتعدّى إليه ، وذلك الإزالة على ما سنبين حتى لو تعدّى في الملك فإنه لايكفي إثبات اليد .

قلنا : بهذا لايندفع فصل الملك ، لأن الملك يثبت تارة بإثبات اليد بواسطة الإزالة ، وتارة بمجرد إثبات اليد ، فقولوا أيضاً ان الضمان تارة بإثبات اليد بواسطة / الإزالة، وتارة بمجرد إثبات اليد، ثم **١٤٨/ب**

الدليل المعتمد في هذا الفصل :

إن إثبات اليد على مال الغير تعدٍ لأنه تصرف منه في غير محل حقه فإذا كان تعدّياً ، وضمان الغصب ضمان تعدٍ فاستقام إيجاب ضمان التعدي بفعل هو تعدّ ، وهذا تحقيقه وهو أن ضمان الغصب هو ضمان الرد في الأصل فإذا تعذر الرد بالإباق أو الهلاك وجب ضمان القيمة

لتقوم القيمة مقام الأصل فيصير كأنه رد الأصل .

وإذا ثبت هذا الأصل فنقول :

إثبات اليد بالتعدي على مال الغير مؤثر مخيل في إيجاب رفع اليد ثم إذا وجب رفع اليد فوجب رفع اليد بوجهٍ يزيل التعدي ، ورفع التعدي بوجهٍ يزيل التعدي يكون بايصال الشئ الى مالكه فيكون هو الرد الذي يثبت عند الأخذ ، وإذا وجب هذا الضمان وجب ضمان القيمة عند تعذر الإيصال ليقوم إيصال القيمة مقام إيصال الأصل فصارت هذه الصورة وصورة الأخذ من المالك في حكم الغصب سواء .

فإن قالوا : إثبات اليد مخيل مؤثر في إيجاب رفع اليد وإزالة الموانع من أخذ المالك وتخليته بينه وبينه . فأما لا إخالة له في ايجاب الرد إنما الأخذ مؤثر في إيجاب الرد الذي هو ضمان الغصب .

والجواب ما سبق ان رفع اليد إنما يجب على وجهٍ يزيل تعدّيه بإثبات اليد، وإذا رفع اليد من غير أن يوصله إلى مالكه فقد زاد في التعدّي ورفع اليد على وجهٍ يزيل التعدي لايكون إلاّ بإيصاله إلى مالكه فإن جاء المالك يأخذه خلى بينه وبينه وأن لم يجئ وجب عليه أن يحمله إليه ويوصله إليه بهذا الوجه ليزول تعدّيه .

وهذا دليل معتمد في نهاية الإعتماد ، هذا الذي قلناه كله في الجارية الحامل إذا ولدت .

فأما الحامل فالكلام فيها أظهر ، لأنه يصير غاصباً لهما ، لأن الأم ظرف الولد والولد مظروف ، وغصب الظروف يكون غصب المظروف ، وهذا أمر محسوس لايمكن منعه بدليل سائر الظروف والمظروفات ، ولأن اذا غصب شاة حبلى فهو غاصب للولد بدليل ان الشاة إذا كانت تساوي

عشرة دراهم عند عدم الحمل ومع الحمل تساوي خمسة عشر يضمن خمسة عشر وإذا وجب ضمان الحمل قبل الإنفصال فبالإنفصال لايسقط ضمانه كالحنطة في الجراب والدُّرة في الحقة .

وأما حجتهم :

قالوا : الزوائد ليست بمغصوبة فلاتكون مضمونة كالوديعة واللقطة ، وانما قلنا " ليست بمغصوبة " لأنه لم يصنع في الولد شيئاً وغصبه صنعه ، وإذا لم يصنع شيئاً لم يكن غاصباً ، وانما قلنا " لم يصنع شيئاً " ، لأن الزيادة لاصنع للآدمي فيها ، وانما يزداد بصنع الله تعالى فيها .

وحرفهم في هذا : ان الولد حصل في يده بالولادة ، والولادة فعل الله تعالى على الخلوص بدليل قوله تعالى (**وَاللَّهُ أَخْرَجَكُمْ مِنْ بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ**) [1] فصار نظير مسألتنا إذا هبت الريح بثوب وألقته في حجره فإنه في يده أمانة، لأنه لاصنع له فيه .

قالوا : ولايجوز أن يجعل غاصباً بالإمساك ، لأن الإمساك ليس بغصب في الأم فلا يكون غاصباً في الولد .

والدليل على أنه ليس بغصبٍ في الأم ، إنه وجب إمساك الأم ليردها على صاحبها ، والغصب لايجب بحالٍ .

هذا نهاية ما قيل في هذه الطريقة .

وأما المعتمد لهم قالوا : لم يوجد في الولد غصب ، لأن حدّ الغصب : إزالة اليد بإثبات اليد ، ولم يوجد في الولد إزالة اليد ، لأنه لم يكن في

---

(١) سورة النحل آية (٧٨) .

يد المالك حتى يُزال يده .

وربما عبّروا عن هذا وقالوا : الغصب أخذ الشئ من غير نقله عن يده الى يده فذلك النقل هو الغصب ، وبعد أن وجد النقل يبقى حكم الغصب لا الغصب، وهذا كالدخول في الدار ينقطع بالفراغ منه وإذا انقطع فعل الغصب لم يتصل بالزيادة فلا تصير مغصوبة .

قالوا : والدليل على أن حدّ الغصب ما بيّناه أن الضمان الواجب ضمان جبرٍ ، لأنه وجب لحق الآدمي ، وضمان حق الآدمي يكون بالجبر لاغير ، وضمان الجبر ركنه التفويت ولاتفويت في الغصب إلاّ تفويت اليد ، فدل ان حقيقته تفويت اليد ثم تفويت اليد ينزل منزلة تفويت العين حكماً ، لأن العين لاتراد لذاتها وانما تراد لمنافعها ، وباليد يتوصل إلى منافعها فصار تفويت اليد كتفويت العين .

يدل عليه : ان الغصب فعل متعد يقول : " غصبتُ من فلان " .

وحقيقة التعدي هو إزالة يد المالك بإثبات يد نفسه .

وربما يقولون : يد مبطلة ليد صاحبه ، فإذا لم يوجد تعدّى الفعل الى غيره / لم يوجد الغصب . ١٤٩/أ

قالوا : وأما قولكم " **انه متعدٍّ بإثبات اليد عليه** " .

يقال : بلى متعدٍّ ، ولكن ليس كل فعل اتصف بالتعدي يكون غصباً .

قالوا : ولايجوز أن يقال ان لم يوجد إزالة يد المالك فقد وجد منع يده فيقوم مقام الإزالة كنع الرق ، ومسألة المغرور تقوم مقام تفويت الرق، لأن المنع أيضاً لم يوجد ، فإن الولد لايحصل في تراحم المغصوب منه حتى يمنع منه ، وإنما يحصل بحيث لو أراد أخذه أمكنه ، وهاهنا أيضاً يكون المغصوب منه متمكناً من أخذه ولو أراد أخذه فمنعه الغاصب

يصير عاصياً .

أما قبل المنع فلايجوز أن يجعل غاصبا ولم يوجد تفويت يد ولا منع يدٍ وعلى أن المنع من الشئ لايعطى له حكم تفويت ذلك الشئ .

ألا ترى أن مَنْ أهلك نصاب الزكاة قبل حؤول الحول لايضمن الزكاة ، وان منع الوجوب ، وإذا اتلف غنم انسان وأشجار إنسان لايضمن الأولاد والثمار وان منع حصولهما .

وأما مسألة المغرور فإنما أوجبنا الضمان بإجماع الصحابة على خلاف القياس . وبعضهم قال : قد ثبت رق الولد في حق مالك الجارية ، لأنه ولد جاريته ، وانما هو حُرّ في حق المستولد، ويجوز أن يكون الشخص حُرّاً في حق إنسان دون غيره ، كَمَنْ شهد بحرية عبد غيره يكون حُرّاً في حق الشاهد دون المشهود عليه ، ثم إذا رفعوا الأمر إلى القاضي لايمكنه الجمع بين حكم الرق والحرية فيغلب الحرية ويبطل الآن حق مالك الجارية في رق الولد بقيمة يوجبها على المستولد ، ولهذا المعنى يعتبر قيمة الولد عند الخصومة لا عند الولادة .

قالوا : ولايلزم على الأصل الذي قلناه غاصب الغاصب حيث يضمن للمالك وإن لم يوجد إزالة يده ، لأنه قد وجد منه إزالة يد مَنْ يقوم مقام يده من وجهٍ ، ويد الغاصب تقوم مقام يد المالك من وجهٍ ، ولهذا المعنى تقطع يد السّارق بخصومة الغاصب كما يقطع بخصومة المالك ، وأيضاً بغصبه إزالة مكنة المغصوب منه من أخذ الشئ من يد الغاصب الأول فنزّله منزلة إزالة يده .

قالوا : وعلى هذا المودع اذا حجر الوديعة يجعل غاصباً لإزالة المكنة ، وكذلك المغصوب منه إذا طالب برد الولد فمنعه، وعلى أن يد

المودَع يد المودِع ، وكذلك في حق الولد يد الغاصب يد المغصوب منه ، لأنه امانة فيحجد الوديعة ويمنع الرد بجعل يده يد نفسه فنزل منزلة إزالة يده .

قالوا : ولايلزم ولد الظبية المخرجة من الحرم حيث يضمنه ، لأن الضمان هناك بإزالة أمن الصيد ، والأمن يزول بوقوعه في أيدينا كيفما وقع ، لأن أمان الصيد ببعده عن أيدينا فصارت اليد بصورتها مقومة للأمن فوجب الضمان .

وأما هاهنا فالضمان انما يجب بالغصب وذلك بيد في العين مبطلة ليد صاحبها ، فلم يوجد بنفس وقوع الشئ في أيدينا .

والحرف : ان أيدينا المسكة في الزوائد من الصيد كالأخذ فيما ذكرناه وهو سبب ضمان الصيد ، وليس بسبب ضمان الأموال بل لابد ههنا من إبطال يد صاحب المال ، وذلك لايحصل بنفس الحفظ بل بالأخذ من يد المالك يحصل ، أو بالمنع من يده ولم يوجد في مسألتنا أخذه الولد من يده ، وإذا وجد المنع من يده وذلك عند طلبه أوجبنا الضمان .

قالوا : ولايلزم مسألة حفر البئر ، لأن الضمان ضمان تلف لاضمان غصب ، والتلف قد حصل بسبب مضاف إلى فعله وهو عمق المكان .

وأما في مسألتنا فالغصب لم يوجد على ما سبق .

وأما الكلام في الحامل فهو مثل ما ذكرنا في الحائل ، لأنه لايد على الحمل في بطن الأم ، وإنما يصير محل اليد بعد الإنفصال ، ولهذا المعنى لايكون الحمل محل التصرفات التي تبتني على اليد بحالٍ ، وبعد الانفصال لم يوجد فيه غصب على ما سبق فلم يجب ضمانه .

الجواب :

أما الطريقة الأولى فقد سبق الجواب عنها .

ويمكن أن يقال حصل الولد في يده بطريق معتادٍ لتحصيل الأولاد في الأيدي فإن إمساك الأمهات سبب معتاد لتحصيل الأولاد فأشبه هذا حفر البئر في التلف .

وخرج على هذا مسألة هبوب الريح بالثوب .

أما الطريقة الثانية فقد ذكرناه ان الغصب : هو إثبات اليد على مال الغير بجهة التعدي .

وحرفنا : ان هذا القدر كافٍ في إيجاب الضمان كما سبق من قبل ، فإن وجدت إزالة اليد فليس لأنها شرط ، لكن لايمكن إثبات اليد إلاّ بإزالة اليد فإن / وجد في موضع إثبات اليد بلا إزالة اليد كان سببا **١٤٩/ب** كافياً في إيجاب الضمـــان .

وقولهم : " **ان الضمان ضمان جبر** " .

يمكن أن يقال ليس بضمان جبرٍ ، بل هو ضمان تعدٍ فحسب ، وقد سبق هذا في المسألة الأولى .

فإن قلنا ضمان جبرٍ ، فمعنى " الجبر " هو إقامة القيمة مقام الأصل ليتأدّى بها الواجب في الأصل على ماسبق .

وقد ذكرنا ان الواجب في الأصل هاهنا إيصال الشئ الى يد مالكه بجهةٍ يزول بها التعدي ، وقد أمكن إيجابه بمجرد إثبات اليد فأوجبناه ، وحين فات أقمنا القيمة مقامه .

وأما قولهم : " **ان الغصب فعل يتعدى الى المالك** " .

قلنا : التعدي الى المالك إنما اعتبر ليستقيم إيجاب الضمان له وقد

استقام إيجاب الضمان للمالك بمجرد إثبات اليد على الوجه الذي قلنا فلا معنى لاعتبار التعدي، والتعدي انما اعتبر لمعنى وذلك المعنى قد جعل بإثبات اليد ، وعلى أن يده على محل حق الغير لاتخلو عن التعدي ، والاعتماد على الأول .

وقد اعتمد كثير من أصحابنا على منع اليد وقالوا : منع اليد بمنزلة إزالة اليد بدليل مسألة المغرور ، ومَنْ سلك هذه الطريقة ينبغي أن يقول الموجب للضمان منع يد بإثبات يد حتى لايدخل شئ مما قالوه من الإلزامات .

وعذرهم عن المغرور في غاية الضعف ، بل ولد المغرور حر مطلق ولايتصور تقسيم الحرية فيقال :يثبت في حق شخص دون شخصٍ متى وجد سببها .

وأما مسألة الشهادة : فنحن نقول : المشهود بعتقه في حق جميع الناس إلا انه إذا اشترى حينئذ يعتبر مازعمه ويشهد به ، والذي قالوا : " ان وجوب الضمان كان بإجماع الصحابة " .

قلنا : وإجماع الصحابة كان لما بيّنا من المعنى وهو معنى مخيل لايترك له .

وعندي ان الاعتماد على الأول أولى ، وهو أصل المذهب .

وفي المسألة إلزامات كثيرة ، وأعذارهم عنها ضعيفة ، أعراضنا عنها ، لأن المعنى قد اتجه ، وهو معنى برهاني مقنع ، وفيه غنية عن الكل وقد قال بعض أصحابنا :

ان الضمان ثبت في الأصل ثباتاً مؤكداً فيسري إلى الولد كالملك وحق الإستيلاد ، وقرروا فصل الإستيلاد ، لأنه حق مبني على فعل من

المستولد، كما ان في مسألتنا الضمان حكم مبني على فعل من الغاصب .

وقد قال المخالفون :

ان الضمان في ذمة الغاصب ، ووصف العين بأنها مغصوبة نوع مجازٍ .

ألا ترى أن الضمان يبقى في الذمة مع فوات المحل المضمون ولايتصور بقاء الملك مع فوات المحل المملوك ، وكذلك في حق العتق بالإستيلاد ، وإذا كان الضمان محله ذمة الغاصب فالولد حصل من غير محل الضمان ولم يحصل من محل الضمان فلم تتصور السّراية .

وألزموا على هذا ولد المبيعة ، وقد ذكرنا ما هو المعتمد في المسألة ولايلزم ولد المبيعة على الطريقة ، لأن ضمانه ضمان عقدٍ ولا عقد في الولد ، وفي مسألتنا الواجب ضمان غصبٍ وقد وجد الغصب في الولد على ما سبق ، والله أعلم .

((مسألة))

منافع الأموال مضمونة بالغصب عندنا ، وسواء في ذلك أتلفها بالإستيفاء أو عطّلها بترك الإستيفاء .[1]

وعندهم : لايضمنها في الموضعين .[2]

لنـــا :

انها أموال مغصوبة أو متلفة فتكون مضمونة .

دليله : الأعيان ، وقد نازعوا في ماليتها ، ونازعوا في تحقق غصبها وإتلافها فزعم بعضهم : انها ليست باموال ، لأن المال ما يتموّل وتمول الشئ صيانته لزمان الحاجة ، وهذا لايتصور في المنافع لأنها إذا حدثت تلفت .

واستدل بعضهم : في انها ليست بمالٍ بمسائل منها :

انه لايتعلق بها حق غريم ولا وارث حتى لايعتبر خروجها من الثلث إذا أباح المريض بعض منافع أمواله لإنسان أو أعانه بنفسه في بعض أموره ، وكذلك إذا كان على المريض دين ليس للغرماء أن يضمّنوا المباح له شيئاً .

---

(١) مختصر المزني مع الأم : ٣٨/٣ ، المهذب : ٤٨٧/١ ، النكتب ورقه ١٧٤/أ ، الحاوي : ١٦٠/٧ ، روضة الطالبين : ١٣/٥ .
وصورة ذلك : إذا غصب عبداً خبازاً مثلاً ، وأمسكه شهراً ، ثم رده إلى المالك : لايضمن منافع الشهر .

(٢) مختصر القدوري : ٤٤٤/١ ، الاسرار : ٢٨٧/٢/أ (مراد ملا) ، المبسوط :٧٨/١١ ، البدائع : ٤٤٠٩/٩ ، اللباب في شرح الكتاب : ٤٤٤/١ ، رؤوس المسائل ص ٣٥١ ، إيثار الإنصاف ص ٢٥٨ .

ومنها :

انه لو كان له مال يجري فيه الحول فاستبدل به منافع في الحوانيت أو الخانات ينقطع حول الزكاة ، ولو كانت أموالاً لم ينقطع ، كما لو استبدل بالأعيان أعياناً .

ومنها :

انه لو دفع حانوتاً إلى إنسانٍ ودراهم وقال : اتّجر بهذا الدراهم على هذا الحانوت تكون الدراهم قرضاً ويكون الإتجار على الحانوت إباحة ، ولو كانت المنافع أموالاً لوجب أن تستوي الصورتان .

وسلّم بعضهم : ان المنافع أموال ، ولكن قال : لايتحقق الغصب فيها ، لأنها إذا حدثت تلاشت فلا يتصور غصبها وهذا لأن الغصب إزالة يد المالك بيد الغاصب ، فإذا لم يبق في يد المالك كيف يتصور إزالة يده عنها بإثبات يد الغاصب ، وكذلك الإتلاف / لايتصور ، **١٥٠/أ** وأيضاً لأن الإتلاف قطع البقاء، والمنافع لاتبقى فلم يتصور قطع بقائها .

يبينه : ان الإتلاف حدّه : أن يرد على محلٍ يقبل البقاء لولا الإتلاف فيتلف بالإتلاف ، والمنافع تفنى كما توجد فلا يقبل الإتلاف ، وهذا لأنه لما كان واجب التلف عند الحدوث فلا يضاف تلفه إلى فعل الغاصب بل يضاف تلفها إلى نفسها ، لأنها واجبة التلف فلا يمكن إيجاب ضمانها على أحد .

قالوا : وأما العقد إنما جاز شرعاً لحاجة الناس وضرورتهم ولاحاجة إلى تحقيق الغصب .

يبينه : ان الغصب ظلم ، والظلم يمحق لا انه يحقق فلا حاجة إلى تحقيق الغصوب ، وقد مسّت الحاجة إلى تحقيق العقود .

قالوا : وفي الإجارة الفاسدة هو عندنا صحيح بأصله فاسد بوصفه فإنما يضمنه من حيث انه صحيح لا من حيث انه فاسد .

وأعلم انا نحتاج في هذه المسألة أولاً إلى إثبات المالية للمنافع ثم إذا ثبت احتجنا إلى بيان تحقيق غصبها وإتلافها .

فأما إثبات المالية فيمكن أن يقال : ان المال اسم لشئ غير الآدمي حلق لمصلحة الآدمي ، وهذا الحدّ موجود في المنافع ، أو يقال : ان المال اسم لما تقوم به التجارة في الأسواق القائمة بين الناس ومعلوم ان التجارات تقوم بالأعيان تارة، وبالمنافع أخرى .

والأولى من الدليل أن نقول :

إن المالية في الأشياء لاتعرف إلا بالشرع ، وقد قامت الدلائل الشرعية في ان المنافع مال ، والدليل عليه جواز الإعتياض عنها بالعقود ، وهذا لأن المعاوضات مبادلات أموال بأموال ولايتصور ورود عقد المعاوضة على ما ليس بمالٍ .

يدل عليه : ان المنفعة تصلح أن تكون صداقاً ، والصداق يختص ثبوته بالمال بدليل قوله تعالى : (**وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ**) [1]

فنص على ان الإبتغاء يكون بالمال .

ويدل عليه : ان العبد المأذون يملك عقد الإجارة في أمواله ، ولولا انه من التجارة لم يملكه ، لأن المأذون في التجارة لايملك إلا التجارة ، وإذا كان

---

(١) سورة النساء آية (٢٤) .

من التجارة دلّ ان المنافع مال ، لأن التجارة مبادلة مال بمالٍ لطلبِ الربح .
ويدل عليه : ان الحيوان لايثبت في الذمة بدلاً من المنافع ولو كانت غير مال لثبت كما يثبت الحيوان في الذمة عندهم بدلاً عن النكاح ، والخلع والكتابة ، وهذا إلزام معتمد ، وأحسن الدليل هو التمسك بالعقد .
وإن زعموا انها لم تكن مالاً وصارت مالاً بالعقد ، فهذا محال ، لأن غير المال لايصير مالاً بالعقد كالخمر والميتة والدم .
فأما دليلهم الأول قولهم " ان المال مايتموّل " .
قلنا : لا ، بل المال ما جعله الشرع مالاً ، ثم التموّل موجود في المنافع حسب مايوجد في الأعيان .
يبينه : ان تقوّم الاعيان بالمنافع فيستحيل ان تقوّم غيرها ولاتكون لها قيمة في نفسها ، والإعتماد على ما سبق .
وأما المسائل التي تعلقوا بها :
أما الأولى : فقد منعها بعض أصحابنا وقال : يعتبر من الثلث ، وان سلمنا فإنما لاتعتبر من الثلث ، لأنها لو اعتبر اعتبر لحق الورثة وهي لاتبقى للورثة بعد الموت حتى يتعلق بها حقهم قبل الموت ، فلهذا كان من رأس المال .
وأما المسألة الثانية : فإنما انقطع الحول ، لأن المنافع ليست بمال الزكاة وإنما لم تكن مال الزكاة ، لأن محل الزكاة عرف بالشرع ، والله تعالى جعل محل الزكاة الأعيان ، فلو صارت المنافع محل الزكاة لكان بالقياس عليها ولامدخل للقياس في محل الزكاة كما لامدخل له في أصل الزكاة.
وأما المسألة الثالثة : لانسلّمها ، ونقول : إذا حكمنا بان الدراهم تكون قرضاً نحكم بأن الحانوت تكون له بأجرة ، ثم إذا ثبت لنا ان المنافع

أموال فنقول في تحقيق الغصب : ان الغصب اثبات اليد على الشئ على سبيل العدوان ، وهي ثابتة على المنافع ، لأن اليد تثبت على كل شئ بقدر الإمكان ، وقدر الإمكان في المنافع هو : أن يكون الشئ المتنفع به في يده حتى إذا حدثت المنافع حدثت في يده ، ولأن اليد تثبت على المنافع عقداً فتثبت غصباً كالأعيان .

وأما تحقق الإتلاف بالإستيفاء ، فإن الإستيفاء إعدام المنافع والإعدام إتلاف .

يبينه : ان المستوفى للمنافع مسبب لوجودها وتلفها بعد الوجود فيضاف إليه وجوداً وتلفاً ، كما يضاف إتلاف العين إلى المسبب لإتلافه .

وعلى هذا سقط قولهم " ان الغصب لايتحقق في المنافع " .

لأنا قد حققناه ، وكذلك الإتلاف .

يبينه : ان الأعيان لاتوجد من الإنسان إعدامها حقيقة ، لأن إعدام الأعيان لايدخل في قدرة العباد ، وانما يقدر عليه الرب تعالى . وغاية ما / يفعله البشر التسبب إلى إعدامها ، ويُعدّ ذلك إتلافاً ، **١٥٠/ب** كذلك المنافع .

وأما عذرهم عن العقد بالحاجة .

قلنا : تلزمكم الإجارة الفاسدة ولاحاجة في هذه الصورة .

فأما قولهم : " **ان الفاسد صحيح بأصله فاسد بوضعه** " .

قلنا : الإلزام على اعتبار الحاجة والإجارة الفاسدة ، وان قالوا : إنها صحيحة من وجهٍ لا من وجهٍ فلا تتصور حاجة إليها ، لاندفاع الحاجة بالصحيح منها .

وعلى ان الحاجة ههنا لتحقق الغصب لوجود الحاجة إلى حفظ حقوق

الناس ، والمنافع حق المغصوب منه وفي تضمينها حفظها على صاحبها .
وقولهم " إن العدوان يمحق لا انه يحقق " .

قلنا : العدوان قد تحقق بأخذ العين واستيفاء منافعها بغير إذن المالك إلا إنكم تقولون : هذا العدوان ليس بغصب فنحن نثبت صفة الغصبية بهذا العدوان لحاجة الحفظ لحقوق الناس .

والحرف : ان في نفي صفة الغصب إبطال حق المغصوب منه ،
فإن قالوا : ان العدوان ينفي بالتعزير والتأديب ، والحق يحفظ بإيجاب الثواب له في الآخرة ، وهذا لأنا نؤخر حقه إلى الآخرة لا أنا نبطل حقه ، وربما يكون حاجته إلى حقه في الآخرة أكثر من حاجته إليه في الدنيا .

الجواب :

إن التأخير إلى الآخرة ابطال في الدنيا ، والضمان واجب لئلا يبطل حقه في الدنيا ، وهذا لأن حقه ثابت في الدنيا فوجب أن يحفظ في الدنيا .
يدل عليه : ان التأخير إلى الآخرة إغراء الظلمة على أموال الناس ، وهل يرتدع ظالم بمثل هذا إلاّ على الأفراد ؟
ويقال لهم أيضاً : لاتعزّروه أيضاً بغصبه وأخّروا أمره إلى الآخرة ، لأنه إذا جاز أن يؤخر أصل الحق إلى الآخرة جاز أن يؤخر الردع ويحال على عذاب الآخرة .
فدل ان التعلق بأمثال هذا هذيان عظيم لايعتمد عليه فقيه .

وأما حجتهم :

بعد الطريقين اللذين قدمناهما وأجبنا عنهما : ان ضمان العدوان مقيد بالمثل نصاً ومعقولاً على ما عرف ، وليس بين المنافع والأعيان مماثلة ، فلا يجوز ايجاب الدراهم التي هي الأعيان بل أعزّ الأعيان بدلاً عنها .

والدليل على انه لامماثلة : ان المنافع أعراض تتلاشى كما تحدث ولاتقبل البقاء ، والأعيان باقية قابلة للبقاء وما يبقى خير مما يفنى ، ولأن الجواهر قائمة بذواتها والأعراض قائمة بالأعيان ، وما يقوم بالشئ يكون تابعاً له ولامماثلة بين التابع والمتبوع .

وحرفهم : ان التبع قط لايماثل أصله ، وما يفنى في الحال قط لايكون مثلاً لما يبقى الأزمنة الطويلة .

يدل عليه : ان اضمان للجبر، والأصل كيف ينجبر بفرعه ؟ هذا محال ، والأعيان كيف تجبر الأعراض ، فهذا غير معقول ، ولأن المنافع لاتضمن بالمنافع لعدم المماثلة من كل وجهٍ وان وجد التماثل في أصل الشئ فإن كل واحد منهما منفعة فلئن لايضمن بالدراهم والدنانير وقد عدم التماثل من كل وجهٍ أولى .

قالوا : ولايلزم منافع البضع حيث تضمن بالدراهم ، لأن منافع البضع قد التحقت بالأعيان بخلاف القياس تعظيماً لها على ما عرف بخلاف منافع سائر البدن .

ولايلزم إذا ضرب رأس إنسان فأصمّه أو أعماه حيث تجب الدية والفائت هو المنفعة ، لأن في هذه المسألة لايجب الأرش بتفويت المنفعة ، وإنما يجب باستهلاك العضو لأن بقاء العضو بحياته كما ان بقاء النفس بحياتها ، وحياة العين البصر ، وحياة الأذن هو السمع فيكون العمى هلاك البصر ، والصّمم هلاك الأذن .

وربما يقولون : ان الأعضاء تعرف قائمة بكونها صالحة للانتفاع بها وتصير مستهلكة بخروجها من أن تكون صالحة للانتفاع بها ، كما في الذات .

قالوا : ولايلزم إذا أتلف ما يتسارع إليه الفساد حيث يضمنه الدراهم والدنانير ، وان كان بقاء هذا فوق بقاء ما أتلفه ، لأن كل واحد منهما قابل للبقاء إلا أن بقاء أحدهما أكثر فقد تساويا في أصل البقاء ، وإنما وجدت التفاوت هناك في مقدار البقاء .

وأما هاهنا التفاوت في أصل البقاء فمنع الضمان ، لأن ما يفنى لايماثل ما يبقى ، وهذا لأن المماثلة انما تعتبر حالة المقابلة وحالة المقابلة حال وجوب الضمان ، وفي حال وجوب الضمان كل واحد منهما موصوف بالبقاء فاستويا فتفاوتهما في البقاء بعد ذلك لايمنع وجوب الضمان .

وأما ههنا حال مقابلة الضمان بالمضمون لامساواة بينهما فلم يجز إيجاب الضمان .

قالوا : ولايلزم الأب والوصي إذا استأجرا شيئاً للصغير حيث يجوز ولو كان بينهما تفاوت لم يجز ، لأنه لايجوز له أن يبدل الأجود بالأدنى ، كما لايجوز أن يبدل / الجيد بالردئ ، لأن في هذه الصورة إنما **١٥١/أ** جاز لحاجة الصبي ، ويجوز صرف مال الصبي إلى ما هو من حوائج الصبي وإن كان لايحصل للصبي مال كما في النكاح ، وكما في تعليم القرآن والأدب ، ولئن يجوز ههنا أولى .

قالوا : ولايلزم ضمان العقد ، لأنه غير مبني على المماثلة ، ألا ترى انه يجوز أن يقابل الكثير بالقليل والجيد بالردئ بخلاف ضمان العدوان فإنه مقيد بالمثل .

قالوا : وأما الإجارة الفاسدة ، فالبدل فيه إنما يجب من حيث انه مشروع لا من حيث انه عدوان ، كما أن المبدل عندنا انما يملك بالقبض في البيع الفاسد من حيث انه مشروع ، وإذا كان وجوب الضمان في الإجارة

الفاسدة من حيث انه مشروع كان ملحقاً بالصحيح ، وقد بيّنا ان ضمان العقد غير مبني على المماثلة ، إنما ضمان العدوان مبني على المماثلة إلاّ انه لضعف العقد لم يجب المسمى فوجب ضمان نفسه وذلك هو القيمة إلاّ انه لاقيمة بدون العقد ، والعقد قد انعقد وإن كان فاسداً على ما عرف من مذهبنا فلم يكن بد من إيجاب عوض المنفعة والعقد ضعيف فلم يمكن إيجاب المسمى به فأوجبنا أقل البدلين فإن كان المسمى أقل أوجبنا ذلك ، لأن التسمية متناولة له وإن كانت الأجرة التي يتعارفه الناس لذلك وهي أجرة المثل بطريق المجاز أقل أوجبنا لئلا يخلو عن عوضٍ بعد انعقاد العقد الموجب للعوض فنوجب ماتيقنا به ونطرح ماشككنا فيه .

قالوا : ولايجوز أن يقال في اعتبار هذا التفاوت إبطال حق المالك لأن حقه لايبطل بل يتأخر إلى الآخرة ، وكم من الحقوق يتأخر إلى الآخرة نحو الشتم والأذى ! فلا يكون في التأخير إلى الآخرة ابطال حقه بل يكون معداً له إلى أن يصل إلى دار الجزاء .

فأما إذا قضينا على الغاصب بضمان فوق ما أتلف بطل حقه أصلاً لأنه يكون مستحقاً عليه بقضاء القاضي وما يستحق على الإنسان بقضاء القاضي الذي هو حجة الشرع لايصل إليه في الدنيا ولا في الآخرة .

فكان التأخير أهون من الإبطال .

قالوا : ولايجوز أن يقال إن الغاصب ظالم ، واعتبار جانب المظلوم أولى من اعتبار جانب الظالم ، وذلك لأن حق الغاصب فيما وراء ظلمه محترم معصوم ولايجوز تفويته ، وإنما يجوز استيفاء الضمان على طريق الإنتصاف فلا يترجح جانب المغصوب منه على جانبه فيما وراء ظلمه .

وقد استدل مشايخهم في المسألة : بحبس الحر حيث لايضمن الحابس منفعته ، وبحبس الجارية لاتضمن منفعة بضعها ، وسنجيب عنهما .

الجواب :

إنهم إذا سلموا المالية في المنافع وثبت تحقق الغصب والإتلاف بالوجه الذي قدمنا لم يبق لهم في المسألة متمسك .

والذي ادّعوا من عدم المماثلة إن عنوا فيما وراء المالية فمسلم ، وإن عنوا في المالية فلا نسلم ، لأن الأعيان والمنافع وإن اختلفتا في كل شئ ففي المالية واحد ، لأن المالية تعرف بالتقويم .

والمسألة مصورة فيما إذا قوّمت منافع الحانوت أو الدار بعشرة فإذا قوّمت بعشرة فلابد أن توجد المماثلة بين المقوّم وبين القيمة ماليةً ، إذ المماثلة ماليةً لايعرف إلاّ مثل هذا ، وإذا ثبت هذا فلا يبقى التفاوت بعد ذلك إلاّ مثال التفاوت في الصورة وذلك غير معتبر مثل التفاوت في صورة البيع وصورة الدراهم والدنانير .

فإن قالوا : لاصورة للمنافع " .

قلنا : لاندعي ان لها صورة لكن نقول إذا ثبت المماثلة ماليةً فلاينظر إلى التفاوت فيما سوى ذلك كما لاينظر إلى التفاوت صورةً في الأعيان ، وهذا لأن المنافع وإن تلاشت إذا وجدت فإنها تتلاشى وتنعدم إلى وجود أمثالها ، فصار الوجود مستداماً من حيث المعنى ، فأنا نعلم قطعاً إن الدار المتهيأة للسكنى لها منفعة مستدامة باقية ، وكذلك الثوب الصالح للبس ، والدابة الصالحة للركوب ، ومعنى الاستدامة والبقاء : هو ما بيّنا ان المنافع وإن تلاشت وفنيت بعد الوجود يكون عدمها إلى وجود أمثالها فأشبهت الأعيان الباقية بذواتها من هذا الوجه،

وهذا كما أن الأرض وما فيها يساوي في الوجود السماء وما فيها إلى أن تنتهي مدتهما ، وإن كان ما في الأرض يوجد ويفنى ، وما في السماء مستدام بقاؤه لأن ما في الأرض من الموجودات وإن كان يوجد ويفنى ولكن إلى موجودات أمثالها فجعل / كالموجود **١٥١/ب** المستدام، وأما مسألة الإتلاف فيما يتسارع إليه الفاسد ، فلازمة .

وقولهم : " **إن البقاء في الحال موجود لهما** " .

قلنا : بلى ، ولكن احدهما أبقى فإذا اعتبرتم التفاوت في أصل البقاء فاعتبروا التفاوت من حيث الأبقى ، كالجيد والأجود .

وكذلك ضمان المنفعة في الإجارة الفاسدة ، لازم .

ووجه اللزوم : انهم اعتبروا أجر المثل حتى إذا كان المسمى عشرة وأجر المثل خمسة يجب خمسة ، واعتبار أجرة المثل بلا مماثلة محال .

وأما تعلقهم بحبس الحر ، فليس بشئ ، لأن منافع الحر في يده كبنانه يكون في يده ، أما ما يضمن باليد لابد من ثبوت يد الضامن عليه حتى يضمنه بخلاف المنافع في مسألتنا فإنها في يد الغاصب ، كما أن أصل الشئ في يد الغاصب فمنافعه أيضاً تكون في يده كالمالك لما كانت العين في يده كانت المنافع في يده أيضاً ، فأما إذا يسخره لعملٍ فإنما يضمن ، لأنه إتلاف ، وفي الإتلاف لاتعتبر اليد .

فإن قالوا : أليس تثبت اليـــــد عقداً على منافع الحر ؟

قلنا : لا ، انما هي استحقاق مجرد العمل بلا ثبوت يد .

وأما مسألة منافع بضع الجارية فلأنها ليست في يد الغاصب أيضاً .

وقد بينّا في مسألة الخلوة ان منافع البضع شئ في الباطن لايتوصل إليه إلا بآلة مخصوصة فلا يتصور فيها الإستيفاء إلا بتلك الآلة ، فأما

ثبوت اليد عليها من قبل فمحالٌ ، وهو نظير الروح على ما ذكرنا في تلك المسألة .

ولهذا لايملك المغصوب منه العقد على منافع بضع الجارية المغصوبة بالتزويج، ولايملك العقد على منافع سائر الأعضاء بالإجارة ولأن منافع البضع لا تملك ملك الأموال بدليل انها لايورث ولاينقل إلى الغير عقداً فلا يضمن أيضاً ضمان الأموال ، وليس كسائر المنافع ، لأنها تملك ملك الأموال فيضمن ضمان الأموال ونعني بضمان الأموال ضمان الغصوب ، لأنها ضمان الأيدي .

وضمان الأيدي متمة بالأموال ، والله أعلم بالصواب .

((مسألة))

إذا استكره أمرأةً على الزنا ، وجب الحدّ عليه لله تعالى ، والمهر لها عندنا.[1]

وعندهم : لايجب المهر.[2]

والمسألة بناء على أن المنافع مضمونة بالإتلاف بدليل ما بينّا في المسألة الأولى ، ومنافع البضع متقوّمة بدليل تقومها بالعقد ، ولايتصور أن يضمن بالعقد مالايكون متقوّماً بنفسه ، وقد ذكرنا دليل تقوّمها في كتاب النكاح، وإذا كانت متقوّمة فيضمن بالإتلاف .

دليله : الأعيان .

يبنيه : انه بالوطء اعترض على حقين على حق الله تعالى بارتكابه النهي ، وعلى حق الآدمي وهو المرأة بإتلافه منافع بضعها ، فيجب الحدّ لله تعالى ، ويجب المهر لها ، مثل ما لو قتل إنساناً خطأ تجب الدية للآدمي والكفارة لله تعالى .

وأما حجتهم :

أما مشايخهم قالوا : اتلاف منفعة تمحض تعدياً فلا يوجب الضمان ، كما لو زنى بها وهي مطاوعة ، ولأن الوطء فعل واحد ، وقد أوجب الحدّ

---

(١) الأم : ٣/ ٢٣٠ ، مختصر المزني مع الحاوي : ٧/ ١٦٣ ، النكت ورقه ١٧٤/ب ، الحاوي : ٧/ ١٦٣ .

(٢) الأسرار : ٢/ ٢٨٩/أ (مراد ملا) ، كنز الدقائق مع البحر : ٥/ ٢٠ ، تبيين الحقائق : ٣/ ١٧٨ .

فلا يوجب المال ، وهذا لأن ما يندرئ بالشبهة ، وما يثبت مع الشبهة لايجوز وجوبها بفعل واحدٍ للضدية التي في الواجبين .

قالوا : ولايجوز أن يعتذر عن ما إذا كانت مطاوعة بوجود الرضا منها ، لأنا ننصور إذا كانت ساكتة ، والسكوت لايكون رضا في الإتلاف .

دليله : إذا قطع يد إنسان وهو ساكت لايكون رضا حتى انه يطالب بالأرش ، وأيضاً لو شرطت مالاً على الواطئ لايجب المهر ، وإن لم يرض باستيفاء منفعة بضعها مجاناً ، وإن كان السقوط بالرضا وجب أن ينظر إلى كيفية الرضا .

قالوا : وهذا لأن الرضا بالسبب الموجب للمهر لايوجب سقوط المهر بدليل الموطؤة بالشبهة والمفوضة يجب لها الصداق وإن وجد الرضا الذي يوجد هاهنا ، وهو السكوت أو الدعاء إلى الوطء .

وأما أبو زيد بنى هذه المسألة على أصل وهو ان منفعة البضع غير متقوّمة ، لأن المماثلة من شرط الضمان الواجب بالإتلاف ، ولامماثلة بين منافع البضع والمهر ، لأن منافع البضع ليست بمالٍ ، والمهر مال ، ولا مماثلة بين المال وبين غير المال .

إلا أنا أوجبنا المهر بالعقد ، وشبهة العقد بالنص ، ولأنا لو لم نوجب أدّى إلى إهانة البضع واسقاط خطره فوجب الضمان لصيانته عن الهدر .

وفي مسألتنا قد وجب الحدّ فوقعت صيانته عن الهدر فذهبت الحاجة الى صيانته بإيجاب المال فرجع إلى الأصل وهو أنها غير متقوّمة فلا يجب بإتلافها شئ ، وهو كالدم على أصولهم على / ما عرف في **١٥٢/أ** مسائل القصاص .

الجواب :

أما الأول : فتعلق بمجرد صورة ولأن صارت تلك الصورة دليلاً على حكمٍ، فالأولى أن يعتبر دليلاً على إيجاب المهر ، لأن الإتلاف بعدوانٍ آكدُ الأسباب في جملة الأحكام .

وأما إذا كانت مطاوعة فالسبب المسقط للمهر رضاهاباستيفاء منفعة البضع .

ووجه وجود الرضا هو التمكين ، فإن التمكين دليل الرضا في النساء بل هو حقيقة الرضا ، ولا شئ من النساء فوق هذا ، وقد وجد سواء كانت ساكتة أو مستدعية .

وأما قولهم : " **إذا شرطت المال** " .

قلنا : شرط المال باطل ، لأنه شرط في غير محله فصار كالعدم وبقى الوطء مع وجود التمكين فأشبه الحال إذا لم يكن شرطت المال .

وأما قولهم : ان سبب وجوب المهر إذا وجد لم يسقط بالرضا " .

قلنا : إذا خلص وجوبه لحقها فيسقط برضاها ، لأنها من أهل الإسقاط والرضا دليل الإسقاط ، وليس كالمفوضة والموطؤة بالشبهة ، لأن المهر وجب هناك لحق الله تعالى وحقها ، فإن البضع قد نطق به حكم الله تعالى على ما عرف ، فإذا وجب حقاً لله تعالى وحقاً لها لم يسقط برضاها .

وفي مسألتنا قد وجب الحدّ لحق الله تعالى فخلص المهر لها فيسقط برضاها .

وأما الذي قالوا : انه قد وجب الحدّ الذي يندرئ بالشبهة فلا يجب المهر الذي يجب مع الشبهة .

فهذا كلام جاهل ، لأن المهر لم يجب لاعتبار الشبهة عندنا حتى يكون عدمها مانعاً من وجوبها ، وإنما وجب باعتبار وجود الإتلاف سواء اتصل به الشبهة أو لم تتصل به الشبهة ، وأما الحدّ وجب بالإتلاف لكن بوصف خلوّه عن الشبهة .

فإذا ثبت هذا فإذا وطء بالشبهة وجب المهر ولم يجب الحدّ ، لأن الموجب للحدّ لم يوجد فإذا وطء الوطء الذي هو زنا قد وجد الموجب للحدّ على ما بيّنا ، والموجب للمهر على ما بيّنا فاجتمع وجوبهما ولم يكن عدم الشبهة مانعاً من وجوب المهر لما بيّنا انه لم يتعلق بالشبهة حتى يكون عدمها مانعاً .

وأما التعلق بالفعل الواحد .

فباطل ، لأن الفعل الواحد إذا اشتمل على معنيين يجوز أن يتعلق به واجبان كما سبق .

وأما طريقة أبي زيد فقد ذكرنا ان منفعة البضع متقومة .

وأما قولهم " ان المال لايماثل غير المال " .

قلنا : المعتبر هو المماثلة بقدر الإمكان وقد وجد ، لأن كل واحد من منفعة البضع والمال معصوم متقوم متنفع به ، وكذلك نقول في الدم : انه متقوم بالمال لوجود المماثلة بقدر الإمكان وقد بينا هذا في مسألة موجب العمد .

وأما المماثلة من كل الوجوه ليست بشرط بدليل الثياب والدواب مع الدراهم والدنانير .

فإن قالوا : « **لابد من كونهما مالين** " .

قلنا : ولِمَ ؟ بل ماذكرناه كافٍ ، وعلى انه إذا ثبت وجود

العصمة والتقوم في منافع البضع وجبت قيمتها وضمانها ثم ضمانها بما يضمن به سائر الأشياء وذلك المال ، كما لو قتل حراً يجب المال بهذا الطريق ، والله تعالى أعلم بالصواب .

((مسألة))

العقارات تضمن بالغصوب عندنا .[1]

وهو قول محمد بن الحسن .[2]

وعند أبي حنيفة وأبي يوسف : لاتضمن .[3]

لنا :

انها مغصوبة فتكون مضمونة .

والدليل على تحقق الغصب فيها الخبر وهو قوله عليه الصلاة والسلام (مَنْ غصب شبراً من الأرض طوقه من سبع ارضين يوم القيامة) .[4]

---

(١) الحاوي : ١٦٦/٧ ، المهذب : ٤٨٨/١ ، النكت ورقه ١٧٥/أ ، روضة الطالبين : ٨/٥ .

(٢) الأسرار : ٢/٢٨٦/أ (مراد ملا) ، مختصر الطحاوي ص ١١٨ ، مختصر القدوري : ٤٣٨/١ ، المبسوط : ٧٣/١١ ، البدائع : ٤٤١٠/٩ . وهو قول أبي يوسف الأول ، إيثار الانصاف ص ٢٥٩ . وهو قول مالك وأحمد . انظر المغني : ٣٦٤/٧ .

(٣) الأسرار : ٢/٢٨٦/أ (مراد ملا) ، مختصر الطحاوي ص ١١٨ ، مختصر القدوري : ٤٣٨/١ ، المبسوط : ٧٣/١١ ، البدائع : ٤٤١٠/٩ ، رؤوس المسائل ص ٣٥٤ ، وهو قول أبي يوسف الأخير ، إيثار الانصاف ص ٢٥٩.

(٤) رواه البخاري في صحيحه : ١٠٣/٥ مع الفتح باب أهم من ظلم شيئاً من الأرض ، بلفظ (مَنْ ظلم) .

ومسلم في صحيحه : ٤٨/١١ ، ٤٩ مع النووي ، باب تحريم الظلم وغصب الأرض . والدارمي في سننه : ٢٦٧/٢ ، باب من أخذ شبراً من الأرض .

وأحمد في مسنده : ١٨٧/١ ، ١٩٠ .

وظاهر اللفظ على حقيقته إلى أن يقوّم دليل المجاز .

والمعتمد من المعنى هو : ان الأراضي محل ثبوت اليد فإن منعوا ، فالدليل عليها انها محل الملك فتكون محل يد الملك ، وهذا لأن الأملاك إنما تراد لمقاصد فيها ، وتلك المقاصد لايوصل إليها إلا بالأيدي فيها .

ويدل عليه : ان الأيدي المبنية على على العقود ثابتة فيها مثل يد البيع الصحيح والفاسد ، ويد الرهن والهبة وغير ذلك .

فإن زعموا وقالوا : ان اليد الحسيّة لاتتصور في الأراضي ، وإنما تتصور اليد الحكمية ، وفي الصور التي قلتم انما تثبت الأيدي الحكمية دون الأيدي الحسيّة ، وإنما أثبتنا اليد الحكمية لضرورات وحاجاتٍ ، وأما اليد في مسألتنا فلا حاجة ولا ضرورة في إثباتها فرجعنا إلى الأصل المعقول ، والمعقول الأصلي : ان اليد لاتتصور على الأراضي .

والجواب :

إن اليد الحسيّة متصورة ، وذلك لأن اليد الحسيّة في كل شئ على حسب الإمكان ، ألا ترى أن أكثر المنقولات لايتصور الاشتمال / **١٥٢/ب** عليها بالبراجم من الدواب والجواري ، والغلمان والأشياء الثقيلة ، وإنما يتصور الأشتمال بالبراجم في أشياء معدودة ، وقد ثبتت اليد في الكل بالإتفاق فصارت اليد الحسيّة ثابتة بأحد وجهين :

إما الإشتمال على الشئ بالبراجم ، أو التمكن من الشئ حفظاً وتصرفاً وانتفاعاً ، وإن شئت عبرت عن هذا فقلت :

الإستيلاء على الشئ بأقصى الوسع ، وهو الذي قلناه من التمكن فثبتت اليد الحسيّة من هذا الوجه .

وأما أيدي الأملاك والعقود لازمة .

وقولهم " **ان تلك الأيدي أيدي حكمية** " .

قلنا : لا ، بل الثابت أيدي حسيّة ، وعلى ان الشئ إنما يقدر حكماً إذا تصور حسّاً ، وأما إذا لم يتصور حسّاً فلا يقدر حكماً .

ونستدل أيضاً بثبوت اليد الحسيّة على الأراضي باستيلاء المسلمين على أراضي الكفار ، فإنها تملك باستيلائهم عليها وليس الإستيلاء إلا إثبات الإيدي .

والمعتمد ما ذكرنا من الحقيقة .

وإذا ثبت ان اليد تثبت على الأراضي فنقول حدّ الغصب : إثبات اليد على وجه العدوان .

وقد حصل في العقار فجعل مضموناً بوجود سببه .

وأما حجتهم :

ادّعوا عدم تحقق الغصب في العقار فلا يصير مضموناً ضمان الغصب لأن ضمان الغصب لايجب إلا بالغصب .

والدليل على عدم تحققه ان حدّ الغصب : إزالة يد المالك باثبات يد نفسه على ما سبق في مسألة ولد المغصوبة ، وإزالة يد المالك لاتوجد في العقار إلا بمنع المالك منه وتبعيده .

فأما بنفس إثبات اليد لاتزول يد المالك ، لأن نهاية ما يوجد من الغاصب في العقار من إثبات اليد هو زراعته الأرض أو سكناه الدار وبهذا لا تزول يد المالك ، لأن الغاصب ان زرع من جانب فالمغصوب منه يزرع من جانب آخر، وان سكن الدار من جانب فالمالك يسكن من جانب آخر .

فدل انه لاتوجد إزالة يده إلاّ بمنعه من العقار وتبعيده عنه ومنع المالك وتبعيده عنه ليس من فعل الغاصب في شئ ، لأن الغصب فعل في المال المغصوب ، لأن مال المغصوب محل حكمه وهو الضمان فيكون محل فعله أيضاً ليتّحد محل السبب وحكمه مثل سائر الأسباب وأحكامها .

وأما التبعبد والمنع فعل في المالك فلا يكون من الغصب فجعلت إزالة يد المالك بفعل ليس بغصبٍ وإذا كان الغصب لايوجد إلاّ بإزالة يد المالك ولم يوجد بفعل الغصب إزالة يد المالك لم يجب الضمان المتعلق بالغصب ، هذا غاية تحقيقهم في المسألة .

قالوا : وهذا بخلاف المنقول ، لأن إزالة يد المالك يحصل بفعل الغصب وهو أخذ المنقول ونقله .

قالوا : وأما الأيدي في العقود تثبت شرعاً على ما سبق .

يبينه : إن ضمان العقود ضمان إلتزام ، وصورة الإلتزام توجد في العقار والمنقول على وجهٍ واحد .

وأما مسألتنا فضمان فعل حسّي ، وقد بينّا حدّه وعدم وجوده .

قالوا : ولايلزم إذا جحد الوديعة ، لأن إزالة اليد قد وُجد هناك بطريق المعنى ، لأن قصر اليد قد وُجد على ما ذكرنا وقصر اليد بمنزلة الإزالة لليد .

قالوا : ولايلزم إذا ركب دابّة وتلفت تحته من غير تسيير ، لأن الضمان هناك ضمان اتلاف لا ضمان غصب ، ولهذا المعنى لو ركب حرّاً وتلف تحته يضمن .

والكلام في ضمان الغصب لا في ضمان الإتلاف .

وكذلك الضمان الواجب بالشهادة الباطلة هو ضمان إتلاف ، والمراد من

الإتلاف : إتلاف الملك .

ولهذا المعنى قلنا : إذا شهد الشهود بالأرض التي في يد إنسان ثم رجعوا ضمنوا .

قالوا : ولايلزم المسألة التي ذكرناها في الزيادة وهي : أنه لو وَهَبَ داراً لإنسان فيها طعام كثير وسلم إلى الموهوب له فلم ينقله حتى تلف في يده فاستحقه إنسان فإنه يضمن الموهوب له ما تلف في يده من الطعام وإن لم ينقله ، لأن هذه المسألة على قول محمد لا على قول أبي حنيفة ، وعلى أن يد الواهب تثبت بالنقل وقد جعلها الواهب للموهوب له فصار كأنها حصلت بنقل من جهته .

وأكثر هذه المسائل مذكورة للتخريج على الجواب المذكور الذي ذكروه عن المنقول .

وقد تعلق كثير منهم بعدم ثبوت اليد الحسيّة على العقار .

واستدلوا عليه بعدم تصوّر النقل وقالوا : الشئ إذا وجد في محلٍ لايتصوّر في محل آخر إلاّ بنقله عن المحل الأول إلى المحل الثاني ، بدليل الدرة في كف إنسان لايتصوّر وجودها في كف آخر إلاّ بالنقل والعقار / لاينقل ولايحول ولايد حسّاً عليه . ١٥٣/أ

قالوا : وأيدي العقود أيدي شرعية وقد مسّت الحاجة إلى إثبات تلك الأيدي فأثبتها الشرع لوجود الحاجة ، ولاحاجة إلى إثبات اليد للغاصب على العقار ، لأنها يد عدوانٍ وسبيل يد العدوان أن تمحق لا ان تحقق .

وقد ذكرنا مثل هذا في المسألة الأولى .

قالوا أيضاً : يجوز أن تثبت يد العقد بمالاتثبت به يد الغصب

بدليل مسألة التخلية ، وذكروا المسألة المعروفة وهي : أن مَنْ اشترى شيئاً وخلى البائع بينه وبين الشئ يصير المشتري قابضاً ، ولو استحقه إنسان وقد تلف في يد المشتري ليس للمستحق أن يضمنه ولم تثبت بالتخلية يد الغاصب .

واستدل مشايخهم بمسألة وقالوا : لو دخل دار إنسان بغير إذنه لينظر إلى جدرانها فانهدمت الدار عقيب دخوله لا ضمان عليه ، وبمثله في المنقول : لو لبس ثوب إنسان لينظر هل يصلح عليه أم لا من غير اذنه ؟ فهلك يكون الضمان واجباً عليه .

وبعضهم عبّر عن هذا وقال : لو كان العقار يضمن بالإستيلاء لكان يضمن بأول أسباب الإستيلاء كالمنقول ، وذكروا هذه المسألة المذكورة .

الجواب :

إنا قد ذكرنا بيان وجود الغصب .

أما قولهم : " ان حدّ الغصب : أخذ يزيل يد المالك بإثبات يده " .

لانسلم ، بل الغصب مجرد إثبات اليد ، وقد سبق بيان هذا في المسألة المتقدمة بما فيه كفاية .

فإن رجعوا إلى قولهم " ان اليد الحسيّة لاتثبت على العقار ، قد بينّا ثبوتها والإلزام بيد العقد متوجهة .

وما ذكروه من قولهم " ان ثبوتها للحاجة " .

يبطل باليد في البيع الفاسد تثبت ولاحاجة ، فإن الغنية قد وقعت بالعقود الصحيحة عن العقود الفاسدة قطعاً ، وكيف يمكن إثبات حاجة في البيع الفاسد والبائع منهي عن تسليم الشئ إلى المشتري والمشتري مأمور بعد القبض بالرد على البائع ؟ وعلى ان ههنا تمس الحاجة أيضاً

إلى تحقيق اليد لحفظ حقوق الناس وأموالهم على ما سبق .

وأما مسألة التخلية : فلا نسلمها على أحد الوجهين .

وبيان المنع : أنا لو جعلنا التخلية قبضاً في حق المشتري جعلناها قبضاً في حق المستحق ، وإلا فلا نجعلها قبضاً في حق أحدٍ .

ولئن سلمنا لهم أن حدّ الغصب ما قالوه ، فأزالة يد المالك قد وجد . لأن يد الغاصب إذا ثبتت على كل العقار فلابد من زوال يد المالك .

وقولهم " **ان زوال يده بمنعه** " .

قلنا : لا ، بل منعه بإثبات يده ، وعلى أن منع المالك المتصل بإثبات اليد على الشئ عندنا غصب .

وخرّج على هذا حبس الحر ومنعه من أملاكه .

والمعتمد من الجواب على هذا : التسليم ان فعله وإن وجد في المالك ولكن لتتميم الغصب ، وما يتم به الغصب يكون من الغصب .

ألا ترى ان جحود الوديعة ليس بفعل في المال الذي في يده ـ المودع ـ . ولكن لما حصل به قصر يده وجب به الضمان .

ومعلوم ان الغصب وإن كان فعلاً في المحل فلابد من فعل يوجد ، ولايتصوّر أن يكون القول غصباً ثم القول الذي يحصل به قصر يده يجب به الضمان ، فالفعل الذي يحصل به إزالة يده وإن كان في المالك ، لأن يوجب الضمان أولى .

وأما المسألة التي تعلقوا بها أخيراً وهي مسألة دخول دار الغير .

قلنا : إن دخل بقصد الإستيلاء يضمن .

فإن قالوا : لِمَ اعتبرتم به القصد ؟

قلنا : لأن صورة الدخول قد تكون استيلاءً ، وقد تكون غيره .

ويجوز أن يعتبر القصد في مثل هذا كمنْ نصب شبكة في الصحراء فتعقل بها صيد إن قصد بذلك تملُك الصيد يملك وإن لم يقصد لم يملك ، وكذلك اغلاق الباب على الطير .

وأما لبس ثوب الغير فالضمان هناك يتعلق بصورة الأخذ وقد وجد ، وهاهنا غير متعلق بصورة ، وإنما هو متعلق بدخول يكون استيلاءً ولايوجد ذلك إلا بالقصد والله أعلم .

((مسألة))

اذا غصب ساجة [١] وأدرجها في بنائه لم يملكها الغاصب عندنا . [٢]

وعندهم : يملك . [٣]

لنــا :

إن ادخال الساجة في البناء عدوان محض فلا تملك به الساجة .

دليله : أصل الغصب ، وهذا لأن الملك المشروع لايثبت إلا بسبب مشروع ، فإذا كان الفعل عدواناً محضاً لم يملك به .

فإن قالوا : ان المشروعات يجوز أن تثبت بالعدوانات كالحدود .

قلنا : نعم ، ولكن تثبت بها مشروع ردعٍ وزجرٍ ، فأما مشروع نعمةٍ فلا ، والملك نعمة من الله تعالى فلا تستفيدها بإرتكاب/ **١٥٣/ب** نهي الله تعالى ، وهذا لأن أسباب النعم من الله تعالى مطلوبة محبوبة ، فكيف تثبت النعم بأسباب منهية مزجورة ؟ .

---

(١) السّاجة والسّاج : خشب أسود رزين يجلب من الهند ولا تكاد الأرض تبليه والجمع سيجان . انظر المصباح المنير مادة (الساج) .

(٢) مختصر المزني مع الحاوي : ١٩٨/٧ ، الحاوي : ١٩٨/٧ ، المهذب : ٤٨٩/١ ، النكت ورقه ١٧٥/ب ، روضة الطالبين : ٥٤/٥ .

وهو قول الإمام مالك وأحمد . انظر الاشراف للبغدادي : ٤٦/٢ ، المغني :

(٣) مختصر القدوري : ٤٤١/١ ، الأسرار : ٢/ (مراد ملا) . المبسوط : ٩٣/١١، بدائع الصنائع : ٤٤١٧/٩ ، رؤوس المسائل ص ٣٤٩ إيثار الإنصاف ص ٢٦٠ .

فإن قالوا : ان محض العدوان لايوجد في إدخال السّاجة في البناء ، لأنه بناء والبناء مشروع ، وإنما العدوان في استعماله ألة الغير فلا يوجب محض العدوانية ، كما لو اصطاد بقوس الغير أو ذبح الشاة بسكين الغير .

قلنا : البناء على ساجة الغير عدوان محض ، والكلام في هذا الموضع وهذا لأن الساجة عندكم تملك بفعلٍ منه في السّاجة وفعله منه في الساجة وان اتصف بالبناء إلا انه عدوان كفعله الأخذ ابتداءً ، ولايجوز أن يعتبر كون البناء مشروع في الأصل ، لأنه لو اعتبر مثل هذا لم يتصوّر تحقق العدوانية في فعلٍ ، لأنه ما من فعلٍ من زنا أو قتل أو سرقة وغيرها من الجرائم إلاّ ويوجد مثله مباحاً ، ولكن اعتبر الفعل الخاص في هذه المواضع ، وتحقق كونها جريمة محضة من غير شبهةٍ ، وكما لايعتبر هناك كون تلك الأفعال في الجمله مشروعاً ، كذلك ههنا لايعتبر كون البناء في الجملة مشروعاً ، وإذا ثبت ان الغاصب لم يملك السّاجة ، وهي قائمة بعينها وجب ردها .

وأما حجتهم :

قالوا : اجتمع في البناء حقان : حق الغاصب في البناء ، وحق المغصوب منه في السّاجة . وكل واحد من الحقين معصوم محترم ، ولايمكن توفية واحد من الحقين إلاّ باسقاط حق الآخر ، لأن المسألة مصورة فيما إذا كان نزع السّاجة يؤدي إلى هلاك البناء وتبقيه البناء تؤدي إلى اسقاط حق المالك في السّاجة فنقول :

بناءآن ينظران حق أيّهما أولى بالتقديم فنقول : حق الغاصب أولى بالتقديم ، لأن حقه قائم من كل وجه وحق المغصوب منه في السّاجة قائم من

وجهٍ دون وجه .

وإنما قلنا ذلك ، لأن البناء قائم من كل وجه ، والسّاجة هالكة من وجهٍ قائمة من وجهٍ ، لأنها كانت منقولة فصارت عقاراً . بدليل وجوب الشفعة فيها ، والعقار غير المنقول ، وإذا صار شيئاً آخر فقد هلكت من حيث كانت منقولة، لأنها كانت قائمة بنفسها والآن صارت تبعاً لغيرها ، والتبع غير المتبوع فصارت هالكة من حيث إنها كانت متبوعة ، ولهذا المعنى تدخل في بيع غيرها من غير ذكرها ، وكذلك يجوز بيعها من غير رؤيتها ، لأنها صارت تبعاً لغيرها فوقعت الغنية برؤية المتبوع عن رؤية التبع فثبت ان حق المغصوب منه هالك من وجهٍ قائم من وجهٍ .

وأما حق الغاصب قائم من كل وجهٍ فكان حفظ حق مَنْ حقه قائم من كل وجهٍ أولى من حفظ مَنْ حقه قائم من وجهٍ دون وجه وإذا حفظنا حق الغاصب في البناء ، فلابد من اسقاط حق المغصوب منه في السّاجة ، كما بينا من تعذر تبقية الحقين وإذا سقط حقه فيها انتقلت ملكاً إلى الغاصب قطعاً .

قالوا : ولايجوز أن يقال : ان الغاصب ظالم فإسقاط حقه أولى ، لأنه وان كان ظالماً ولكن ظلمه حرام انما الواجب الإنتصاف منه ، فأما إهلاك حقه في البناء حرام وقد أمكن توفية حق المغصوب منه مع ابقاء حق الغاصب في البناء بغرامة قيمة الساجة فكأن أولى من إهلاك حقه في البناء، ولأن حق المغصوب منه يفوت إلى خلف ، والخلف ينزل منزلة الأصل ويأخذ موضعه في حق المغصوب منه .

وأما حق الغاصب في البناء فيهلك من غير خلف فكان الأول أولى .

قالوا : وليس كما لو غصب ساجة وبنى عليها ، لأن حق

المغصوب منه قائم من كل وجهٍ ، وكذلك حق الغاصب فرجحنا حق المغصوب منه ، لأنه صاحب المتبوع ولأنه مظلوم والغاصب ظالم .

وتعلقوا من حيث الإستشهاد بما لو غصب خيطاً فخاط بطن نفسه أو بطن غلامه ، فإنه ينقطع حق المغصوب منه في الإسترداد ويؤمر الغاصب بغرامة قيمة الخيط وصار الخيط ملكاً للغاصب .

الجواب :

ان طريقتكم مبنية على ان حق المغصوب منه قائـــم من وجه هالك من وجهٍ .

وليس كذلك ، لأن الوجود يعرف بالحسّ والعيان ، وهي قائمة حسّاً وعيانا ، ولأنه لم يوجد إلاّ ادراجها في تضاعيف البناء ، وإدراج الشئ في تضاعيف غيره لايهلكه كإدراج الثوب في تضاعيف الثياب ، وهذا لأن الخشبة لمنفعة البناء واستعمال الشئ في المنفعة / التي خلق **١٥٤/أ** لها لايوجب إهلاكه كالانتفاع بجميع الأشياء سوى السّاجة لايوجب اهلاكها والمعتمد إنها قائمة حسّاً ، فمن ادّعى هلاكها حكماً فعليه الدليل .

وقولهم : " **كانت منقولة فصارت عقاراً** " .

ليس كذلك ، لأن احدهما لايصير الآخر بحالٍ .

وقولهم : " **تجب بالشفقة فيها** " .

قلنا : انما كان كذلك لإتصالها بالعقار ، لاأنها صارت عقاراً .

والشفعة تجري في المنقول المتصل بالعقار ، لأنه يوجد فيه سبب وجوب الشفعة ، فأما في المنقول الذي لايتصل بالعقار لايوجد المعنى الموجب للشفعة فلأن ما قلتم يؤدي إلى انه إذا خرجت الساجة من البناء عادت

منقولاً فتنقلب مرة أخرى عقاراً ومرة منقولاً ، وهذا محال ، فدلت انه منقول كما كان إلا انه لما اتصل بالعقار من حيث البناء بها أخذ حكمها .

وقولهم " انها صارت تبعاً وكانت متبوعة " .

قلنا : السّاجة جزء من أجزاء البناء وأجزاء البناء لايكون بعضها تبعاً للبعض ، وعلى انها ان كانت تبعاً فإنما يصح هذا إذا كانت الساجة ملكاً له ، فأما إذا كانت ملكاً لغيره لاتصير تبعاً له كالجنين إذا كان لغير صاحب الأم لايكون تبعاً للأم ، بدليل أن بيع الأم لايوجب دخول الجنين في بيعها تبعاً له في هذه الصورة ، بل البيع لايجوز أصلاً .

وأما سراية العتق لم تكن لأجل التبعية ، ألا ترى إنه يسري من أحد النصفين إلى النصف الآخر ولم يكن تبعاً له .

وأما جواز بيع البناء مع عدم رؤيتها فليس لأنها صارت تبعاً له ، بل لأن العبرة برؤية تفيد العلم بالمبيع وهذا يحصل بدون رؤية الساجة .

وهذا كمن يكتفي برؤية ظاهر الصبرة دون باطنها وان لم يكن الباطن تبعاً ، فدل بما قلناه انه ليس لما قالوه وجه من حيث المعنى .

وأما مسألة الخيط فعندنا : الغاصب لايملك الخيط وانما سقط حق الرد في الحال لحق الآدمي في نفسه ، وهذا لأن الآدمي له حرمة في نفسه لايوجد مثل هذه الحرمة للآدمي ، ألا ترى انه إذا خاف الهلاك على نفسه يباح له طعام الغير وحيوان الغير ولايباح له قتل الآدمي بحال ، وكذلك في السفينة إذا خيف غرقها لايباح طرح الآدمي بحال ويباح طرح غير الآدمي من المال والحيوان .

فدل ان اتلاف غير الآدمي لغرض صحيح يتصل بغيره واتلاف الآدمي لايجوز بهذا الوجه بحال ، وإنما يباح اتلافه لجناية توجد منه ، ولم يوجد

في مسألتنا من الآدمي الذي خيط بطنه جناية وفي رد الخيط إتلافه فسقط حق الرد .

وأما في مسألتنا فإن اتلاف المال يجوز لغرض صحيح ، وقد وُجِدَ ههنا غرض صحيح وهو ايصال الحق إلى مالكه فوجب أن يجوز اتلاف هذا المال لهذا الغرض ولايبالي به فقد تبين الفرق بين الصورتين . والله أعلم .

((مسألة))

إذا غصب حنطة فطحنها أو شاة فذبحها وشواها ، أو ثوبا فقطعه وخاطه ، أو غزلاً فنسجه كان كل ذلك للمغصوب منه عندنا ، ولم يملكها الغاصب .[1]

وعندهم : يملكها .[2]

وكذلك إذا غصب بيضة فحضّنها تحت دجاجة أو بذراً فزرعه أو نواة فغرسها حتى صارت شجرة .

لنا :

ما ذكرنا في المسألة الأولى ، وهذا لأن ملك الغاصب لابد له من سبب ، وهذه الأسباب عدواناً فلا تصلح سبباً للملك وإذا لم يملكها الغاصب كانت للمغصوب منه ، لأن الموجود دقيق حنطته ، ولحم شاته ، وثوب غزله ، وقميص ثوبه فكانت له ، وكذلك في البيض الموجود فرخ بيضه وزرع بذره والفروع تكون لصاحب الأصول .

يبينه : انه إذا سقط فعل الغاصب في ثبوت الملك في هذه الأشياء فصار

---

(١) الأم : ٢٢٦/٣ ، مختصر المزني : ٤١/٣(مع الأم) ، المهذب : ٤٨٨/١ ، ٤٨٩ ، النكت ورقه ١٧٥/ب ، الحاوي : ١٩١/٧ ، ١٩٤ ، ١٩٧ ، روضة الطالبين : ٤٦/٥

وهو المذهب عند الحنابلة ، انظر المغني : ٣٨٧/٧ .

(٢) مختصر القدوري : ٤٤٠/١ ، ٤٤١ مع الجوهرة ، الاسرار : ٢٩٢/٢/أ (مراد ملا) المبسوط : ٨٥/١١ ، البدائع : ٤٤١٦/٩ ، إيثار الإنصاف : ص ٢٥٧ ، رؤوس المسائل ص ٣٥٥ .

الدقيق كأنه من حنطة الإنسان إنثالت في طاحونة انسان فيكون لصاحب الحنطة بالإتفاق ويصير في الشاة والثوب كأن المالك إذن له في ذلك أو فعله هذا الإنسان على ظن انه له فإذا هي لغيره ، وتصير البيضة كأن الدجاجة حضنتها بنفسها ، وفي البذر كأن الريح هبت ببذر إنسان ففرقته في أرض إنسان فإن الزرع والفرخ يكون لصاحب البذر والبيض ، كذلك هاهنا .

وأما حجتهم :

تعلقوا بحديث رووه من طريق عاصم بن كليب ان النبي ص كان في ضيافة رجل من الأنصار فقدمت له شاة مصلية فأخذ منها لقمة فجعل / **١٥٤/ب** يلوكها ولا يسيغها ثم قال : ان هذه الشاة تخبرني انها ذبحت بغير حق ، فقالوا ؛ شاة جار لنا ذبحناها لنرضيه بثمنها ، فقال : اطعموها الأساري " .[(١)]

ولولا انهم ملكوها لكان أمر بأن ترد إلى مالكها وان كان غائباً لكان يأمر بإمساكها بعينها لمالكها ان أمكن أو بيعها وإمساك ثمنها ان تعذر الإمساك .

وأما عندنا : فقد ملكها الآخذ لكن أمر باطعامها الأساري ، لأن الكسب كان خبيثاً ، والحاصل بالكسب الخبيث سبيله الصدقة عندنا .

---

(١) رواه أبو داود في سننه : ٦٢٧/٣ مع المعالم ، باب في اجتناب الشبهات والدارقطني في سننه : ٢٨٩/٤.
وأحمد في المسند : ٣٩٣/٥ . وكلهم رووه مرسلاً .
انظر تخريجه وطرقه في : نصب الراية : ١٦٨/٤ .

وأما المعنى :

قالوا : العين المغصوبة صارت هالكة بدليل زوال الاسم والصورة والمعنى . أما الاسم : فلا إشكال ، وأما الصورة : فلأن صورة الدقيق غير صورة الحنطة .

وأما المعنى : فلأن معنى كل شئ ما خلق له الشئ ، والذي خلق له الشئ هو ما يصلح له الشئ ، والحنطة انما تصلح للبذر والقلي والهرس وهذه الأشياء قد فاتت .

فأما الخبز فهو منفعة الدقيق لامنفعة الحنطة .

قالوا : وإذا هلكت العين التي غصبها بالوجه الذي بينّا فصار العين الثانية حاصلة بفعل الغاصب فتكون له .

يبينه : ان الدقيق جنس غير جنس الحنطة ، ولهذا لو تجوّز به في السلم لايجوز ويصير استبدالاً .

وأما جريان الربا بينهما كان بجهة الاحتياط لحرمة الربا والجنس وان اختلف على ما ذكرنا فشبهة اتفاق الجنس موجودة ، وقد اكتفى بالشبهة في باب الربا .

وإذا ثبت انهما جنسان مختلفان فلابد من هلاك الأول ليحصل الثاني ، وقد هلك الأول وحصل الثاني بفعل الغاصب فكان الثاني له وعليه ضمان ماهلك .

قالوا : وكذلك في الشاة التي ذبحها وشواها ، وفي الثوب الذي قطّعه وخاطه .

وزعموا : ان الذي يصلح له الحيوان شئ آخر ، والذي يصلح له المشّوى شئ آخر ، والمطبوخ بعد الذبح والنئ والطبخ شئ آخر .

وكذلك زعموا في الكرباس والقميص وادّعوا في جميع هذه الصور ان العين الأولى هلكت وماليتها فاتت ، والحادث عين جديدة بمالية جديدة .

قالوا : وكذلك في البيض والبذر ، ولعل كلامهم في هاتين الصورتين أظهر لأن الفرخ غير البيض قطعاً ، وكذلك الشجرة والسنبلة غير البذر قطعاً .

وكذلك النخلة مع النواة فلاشك أن العين الأولى هلكت وحدثت عين أخرى غير الأولى .

قالوا : وينسب حصول الزرع والفرخ الى فعل مُحضّن البيضة والمُلْقي للبذر وإن كان في الحقيقة هو صاحب الشرط والفاعل على الحقيقة هو الله تعالى والعمل للطبائع الأربعة بتسخير الله وتقديره ولكن نضيف الفعل الى الموجد للشرط وهو الفاعل لتحضين البيضة وهو المُلْقي للبذر على الأرض ، لأن الكلام راجع إلى معنى شرعي وهو ثبوت الملك للآدمي في الفرخ والزرع فإذا أمكن اضافته إلى مكلف بالشرعيات لايترك هذه الإضافة ، كما لو حفر إنسان بئراً فوقع فيها إنسان يجب ضمانه على الحافر وان كان وقوعه وهلاكه كان بعلة ثقله ، ولكن الحافر لما كان هو حصّل شرط الوقوع بحفره أضيف إليه ، لأن الكلام في حكم شرعي وهو الضمان ، وقد أضيف إليه ، كذلك ههنا .

الجواب :

أما خبر عاصم بن كليب ، فخبر مرسل ، ولانقول بالمرسل . وعلى انه ليس في الخبر دليل على ملك الغاصب ، وإنما أمره ص بإطعام الأساري ، لأنه لم يوجد المالك ، ولم يوجد مَنْ يشتريها فأمر بالتصدق بها حتى إذا

جاء المالك إن شاء اختار أخذ قيمة الشاة وإن شاء اختار الأجر .

وأما المعنى الذي اعتمدوا عليه .

ففي نهاية الضعف ودعوى هلاك العين المغصوبة غير معقول المعنى ، وهذا لأن هلك الشئ باعدامه ، وإعدامه لايتصور من العباد ، وإنما الهلاك المتصور من العباد هو جعل الشئ على وجهٍ لاتبقى له منفعة ، وهذه الأفعال طرق الإنتفاع بهذه الأعيان ، لأن طحن الحنطة للوصول إلى منفعة الأكل ، وهذا لأن الحنطة قوت والأكل تقوت والطحن طريقه .

والذي قالوا : ان منفعة الحنطة شئ آخر ، ومنفعة الدقيق شئ آخر .

هوس عظيم ، فإن منفعة الحنطة ليست إلاّ الأكل ، وطريق أكلها الخبر والطحن ، وكذلك في الشاة منفعتها الأعظم الأكل وطريقها الذبح والطبخ ، وكذلك الغزل مع الثوب ، والكِرَباس[1] مع القميص .

يبينه : انه كيف يستجيز عاقل أن يقول : إن العين قد هلكت وانما الموجود بالطحن تفريق أجزاء العين ، وكذلك في الشاة وتفريق أجزاء العين لايهلك العين معقولاً ، وإذا لم يفت المنفعة لايوجب الهلاك أيضاً محكوماً ومشروعاً .

وأما فصل البيض والفرخ / والبذر والشجر فنقول : **١٥٥/أ**

ان العين الأولى وان هلكت لكن العين الثانية خلقها الله تعالى منها فيكون لصاحب الأصل على ما ذكرنا في حجة أصحابنا .

وقولهم : " **إنه حصل الفرخ والزرع بفعله** " .

---

(١) الكِرَباس : الثوب الخشن ، وهو فارسي معرب ، بكسر الكاف . انظر: المصباح المنير مادة (الكرباس) .

قلنا هذا خلاف ما يعتقده أهل السنة بل حصل بفعل الله تعالى من أصل هو للمغصوب منه فيكون الفرع لصاحب الأصل وهذا كما لوغصب جارية فأولدها الغاصب ولداً فإنه يكون الولد للمغصوب منه بالطريق الذي قدمناه .

يبينه : ان فعل الغاصب بالوطء أظهر في حصول الولد من فعل مَنْ يحضن البيضة تحت الدجاجة في حصول الفرخ وفعل مَنْ يلقى النواة في الأرض في حصول الشجرة ، لأن الولد لايتصور حصوله إلاّ بفعل الوطء ، وقد يتصورّ نبات الشجرة من النواة وخلق الفرخ من البيضة من غير توسط فعل أحد على ما سبق .

فإن قالوا : الفعل في الولد للأم وقد سقط جانب الأب بالشرع فيكون الولد للأم ثم يستحقه المالك عليها إذا كانت رقيقة .

قلنا : هذا أمحل من الأول ، لأنه لافعل للمرأة في الوطء والتمكين ليس بفعل حقيقة ، ثم يزعمون ههنا : ان الولد حصل بفعلها هذا كلام لايرتكبه إلاّ جاهل ، وإنما رحم الأم في الحقيقة وعاء للولد ، وكيف تكون فاعلة للولد أو في حكم الفاعلة ، وعلى الحقيقة ان الفعل لله تعالى على التوحّد والانفراد في هذه المواضع ، وإنما العبد يوجد منه تحصيل شرط فحسب ، فلا ينبغي أن يترك الإضافة إلى الفاعل حقيقة ويضاف إلى صاحب الشرط لوجود فعله .

وأما مسألة حفر البئر :

فإنما أوجبنا الضمان لا لأن الحافر للبئر مهلك للواقع حقيقة إذ لو كان كذلك لما افترق الحكم بين أن يحفر في ملكه أو في ملك غيره لكن صاحب الحفر التزم الفعل شرعاً بحكم التعدي على ما ذكرنا في ربع

الجراح ، فعلى هذا في مسألتنا وجب أن يسلب الغاصب الفعل فيما يرجع الى الملك بحكم التعدي وهذا هو جواب آخر عن أصل الطريقة وقد أشرنا إليه في حجةٍ أصحابنا ، فإن رجعوا إلى أن هذه الأفعال لم تتمحض عدواناً ، لأنها مشروعة في الجملة فقد أجبنا عن هذا من قبل في المسألة الأولى ، والله أعلم بالصواب .

((مسألة))

إذا أراق المسلم أو الذمي خمراً للذمي لم يجب عليهما الضمان عندنا .[1]

وعندهم : يجب على المسلم قيمتها ، وعلى الذمي مثلها .[2]

والمسألة تعود إلى أن الخمر هل هو مال متقوم لأهل الذمة أم لا ؟

فعندنا : ليست الخمر بمال ولا لها قيمة بحال في حق أحد ما .

وعندهم : هي مال متقوم لأهل الذمة غير متقوم لأهل الإسلام .

لنـــا :

ان الخمر غير متقومة في الشرع ، والمسلم والذمي في توجه شرع الإسلام واحد ، فسقطت قيمتها في حقهما على وجهٍ واحد .

يبينه : ان عدم التقويم في حق المسلم بالتحريم ، والتحريم بالنهي ، والنهي عام يتناول الكافر والمسلم فصار هذا النهي كسائر المناهي ، ثم سائر المناهي مجراة على عمومها ، كذلك هذا النهي .

وبيان هذا في سائر المناهي : ان الذمي يحدّ إذا زنى ، ويقطع اذا سرق والواجب

---

(١) مختصر المزني : ٤٦/٣ (مع الأم) ، المهذب : ٤٩٤/١ ، النكت ورقه : ١٧٦/أ ، الحاوي : ٢٢١/٧ ، روضة الطالبين : ١٧/٥ .
ويه قال الحنابلة ، انظر : المغني : ٤٢٤/٧ .

(٢) مختصر الطحاوي ص ١١٩ ، مختصر القدوري : ٤٤٥/١ (مع الجوهرة) الأسرار :٩١/٢/أ (مراد ملا) المبسوط : ٩٦/١١ ، البدائع : ٤٤١٣/٩ ، رؤوس المسائل ص ٣٤٨ ، ايثار الإنصاف ص ٢٦١ .
وهو قول المالكية ، انظر : الإشراف للبغدادي : ٤٧/٢ .

من الحدّ ههنا واجب بشرع الإسلام ، وشرع الإسلام من العقوبة يجب بارتكاب النهي في الإسلام فلولا ان النهي ثبت في حقهم وإلا لم يعاقبوا بارتكابه .

وأما تحقيق هذا الفصل : هو ان الرسول ص بُعث بجميع شرائعه إلى كافة الناس بدليل قوله تعالى : (**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا ادْخُلُوا فِي السِّلْمِ كَافَّةً** ....) [١]، وبدليل قوله عليه الصلاة والسلام (بُعثتُ إلى الأحمر والأسود ...) [٢] .

وقد قامت حجة ثبوته على الكل ولم يبق إلاّ معاند أو جاهل لاعذر له ومن شرعه ﷺ تحريم الخمر وتنجيسها وإسقاط ماليتها ، وكما قامت حجة ثبوته على جميع الناس فكذلك قامت حجة شرائعه التي جاء بها في حق جميع الناس . وتعين الكلام في القرآن فنقول قد جاء النبي عليه الصلاة والسلام بكتابٍ من الله تعالى ، وقد قامت كونه حجة من الله تعالى على كل كافرٍ بدليل وجوب الإيمان عليهم بالقرآن فصار جميع الاحكام التي يشتمل عليها القرآن شرعاً من الله تعالى لعباده على العموم ، ولَزِمَهم قبولها وتناولهم خطابها ، وثبت في حقهم احكامها ومعانيها . وأحد ما وَرَدَ به القرآن حرمة الخمر واسقاط ماليتها فثبت في حق كل المخاطبين من المسلمين والكفار .

والحرف : ان كل مَنْ ثبت عليه حجة الله تعالى في ان القرآن كلام الله تعالى لزمه كل ما ورد به القرآن من غير تخصيص وتفصيل .

(١) سورة البقرة آية (٢٠٨) .
(٢) رواه أحمد في مسنده : ٤١١/٥ .

وهذا دليل قاطع يجب قبوله بلا اضطراب / ولا ارتياب .   **١٥٥/ب**

وأما حجتهم :

قالوا : الخمر كان مالاً منقولاً قبل ورود خطاب التحريم ، وقد ورد خطاب التحريم خاصّاً في حق المسلمين ، فبقيت الخمر في حق غيرهم على ماليتها وتقومها ، وهذا كنكاح المشركات فانهن لما حرمن بخطاب المسلمين بقين في حق الكفار على الإباحة ، كذلك ههنا .

ثم الدليل على أن خطاب التحريم اختص بالمسلمين ان تحريم الخمر لايعرف إلا بقوله تعالى (**يَا أَيُّهَا الذَّينَ آمَنُوا إِنَّمَا الخَمْرُ والمَيَسْرِ والأَنْصَابُ والأَزْلامُ** ....) [١] الآية .

فأما ما سوى هذه الآية من الآي ليس فيهما نص على التحريم فإن الله تعالى قال في آية أخرى في الخمر (**وإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا**....) [٢]

وليس في هذا نص على التحريم ، ثم قال في آية أخرى (**والإِثْمَ وَالبَغْيَ**) [٣]

وقد قيل ان الإثم هو الخمر ، وليس هذا بنص أيضاً .

لأن الإثم يحتمل الخمروغير الخمر ، فدل على أن النص هو الآية التي ذكرناهاوهو خطاب المؤمنين ، لأن الله تعالى قال : (**يَآ أَيُّهَا الذَّينَ آمَنُوا** .....) وقال : في آخرها (**فَاجتَنِبُوهُ لَعَلَكُمْ تُفْلِحُونَ**) [٤]

والمؤمن هو الذي يفلح باجتناب الخمر ، وأما الكافر فلا ، لأن الله تعالى

---

(١) سورة المائدة آية (٩٠) .

(٢) سورة البقرة جزء من آية (٢١٩) .

(٣) سورة الأعراف جزء من آية (٣٣) .

(٤) سورة المائدة آية (٩٠) .

قال : (**إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَن يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ....**) [1] وهذا المعنى مطلوب وجوده من الكفار لأنهم إذا تعادوا وتباغضوا تفرقوا ، وإذا تفرقوا اضعفوا ، ولأن الله تعالى قال في حقهم (**وَأَلْقَيْنَا بَيْنَهُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ إِلَىٰ يَوْمِ الْقِيَامَةِ...**) [2] وإذا كان أمرهم كذلك بنص الكتاب فكيف يحرم عليهم شرب الخمر لئلا يؤدي حالاتهم إلى ذلك .

ولأن الله تعالى قال (**وَيَصُدَّكُمْ عَن ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ....**) [3] فلابد أن يكون أهل ذكر الله والصلاة ليصح هذا في حقه ولايوجد هذا في الكافر وانما يوجد في حق المسلم .

وأما أبو زيد [4] قال : ان تحريم الخمر لم يثبت في حقهم لفوات البلاغ كما لم يثبت البلاغ بتحويل القبلة في حق أهل قباء حين كانوا في الصلاة إلى أن سمعوا وكما لايثبت في حق الحربي الذي أسلم في دار الحرب ولم تبلغه الشرعيات فإنه لايجب عليه قضاؤها اذا دخل دار الإسلام بخلاف ما إذا كان إسلامه في دار الإسلام ، لأن البلوغ وإن فات ضرورة ولكن لايعذر بالجهل ، لأنه مفرط مقصر .

---

(١) سورة المائدة آية (٩١) .

(٢) سورة المائدة آية (٦٤) جزء من آية .

(٣) سورة المائدة آية (٩١) .

(٤) أي في الأسرار ١٤٩/١/أ/ب ، ٩١/٢/أ (مراد ملا) .

وحرفهم : ان الثابت بالسمع لايتوجه الى المكلف إلاّ بعد بلاغه ذلك ، والدليل على فوات البلاغ انهم يعتقدون كذب النبي ص وينكرون ان القرآن كلام الله تعالى فلو تحقق البلاغ لكان لقيام الحجة ولايمكن إثبات البلاغ من هذا الوجه في حق أهل الذمة ، لأن الشرع ورد بتقريرهم على ما هم عليه بشرعنا فإنه قد ورد الإجماع بتركهم وما يتدينون وترك التعرض لهم قولاً وفعلاً .

وهذا تقرير لهم على دياناتهم أجمع إلا في الربا خاصة فإن الشرع استثناه بقوله عليه السلام (وَمَنْ أربى فلا عهد بيننا وبينه) .[1]

وإذا قرروا على ما هم عليه بشرعنا فقد فات إلزام الحجة وفات البلاغ .

قالوا : وأما في حق أهل الحرب فات البلاغ بالمنعة على ما ذكرنا في كتاب قتال أهل البغي ، وهذا بخلاف أصل الدين ، لأن الكفر لايحتمل أن يكون غير محرم فلا يتصور فيه عدم البلاغ ، لأنه إن لم يبلغ سمعاً بلغ عقلا.

وأما الخمر فيحتمل أن تكون محرمة فيحتمل عدم البلاغ .

قالوا : وأما الزنا والسرقة وما يشبه ذلك فقد وُجد فيه البلاغ . لأنهم تدينوا بترك الزنا والسرقة على ما يوجبه شرع الإسلام .

---

(١) لم أجده بهذا اللفظ ولكن روى أبو داود في سننه حديث جاء فيه " على أن لا تهدم لهم بيعة .... ما لم يحدثوا حدثاً أو يأكلوا الربا ..... " ٣/٤٣٠ ـ ٤٣١ .

قال ابن حجر في التلخيص : " وفي سماع السدي من ابن عباس نظر ولكن له شواهد" وذكرها . ٤/١٢٥ .

وعندنا : انما فات البلاغ لأنهم تركوا وما يتدينون ، ومن تدينهم ان الزنا والسرقة وقطع الطريق والقذف محرمات .

قالوا : ومثال ما قلنا الأنكحة لا على شرط الإسلام فإنها صحيحة فيما بينهم على ما يتدينون فيها ، وكان المعنى فوات البلاغ بالوجه الذي ذكرنا .

وعيّنوا النكاح بغير شهود ، وفي العدة ، ونكاح المشركة ، والجمع بين الأختين ، والأكثر من أربع نسوة ، وقد عدّ فصل الأنكحة من المشكلات في المسألة .

قالوا : ولايجوز أن يقال ان هذا بناء شرع على عقيدتهم ، وهذا باطل لأنا لانبني شرعنا على عقيدتهم لكن نبني شرعنا على اعتقادنا فيهم .

ثم قالوا : هذا الشرع انما بنيناه على عدم بلوغ الحجة لا على اعقتادهم على ما سبق بيانه .

ولايلزم اتلاف متروك التسمية على شفعوى المذهب حيث لايوجب الضمان ، لأن البلاغ هناك لم يفت لأنا أمرنا بالمحاجة معهم ، وإلزامهم قبول الآية وهي قوله تعالى : (**وَلَاتَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ**...)[1] وترك التأويلات الفاسدة .

وهذا مثل ما قلتم أنتم في المُثلّث .[2]

وقد تعلق عامة مشايخهم بمنع / إراقة الخمر عليهم وقالوا : عقد الذمة **١٥٦/أ**

---

(١) سورة الأنعام آية (١٢١) .

(٢) المثلّث : شراب طبخ حتى ذهب ثلثاه ، القاموس المحيط ، مادة (الثلث) .

إذا عصم عيناً قوّمها ، دليله : سائر أموالهم .

وتعلقوا بنفس الكافر فإنه إذا أتلف ضمن بالدية على اختلاف المذهبين فإيجاب ضمان الخمر بإراقتها ليس بأكثر من إيجاب ضمان الدية بقتل الكافر بنفسه .

وقد تعلق كثير منهم ايضاً باسقاط الحد عن الذمي بشرب الخمر وقال : ان سقوط الحد إنما كان لما بينا انهم تُركوا وما يتدينون ، أو لأن خطاب التحريم خاص في حق المسلمين ، كذلك الضمان .

قالوا : ولايجوز أن يقال ان سقوط الحد كان باعتقاده الإباحة لأن عندكم حنفي المذهب يُحدّ بشرب المثلث وإن كان يعتقد الإباحة .

قالوا : وأما ما ذكر مشايخكم ان ضمان المثل لايجب باتلاف الخمر مع وجود المثل فلا يجب الضمان أصلاً .

فهذا كلام في نهاية الضعف ، لأن عندنا يجب المثل إذا اتلف الخمر ذمي على ذميّ مثله ، وأما في حق المسلم انما لم يجب عليه مثله ، لأنه لايمكن إيجابه عليه من حيث انه ليس بأهل لتمليك الخمروتملكه قصداً ، وايجاب مثل الخمر عليه انما يتصور بايجاب تمليك الخمر قصداً فوقع العجز عن المثل بهذا الطريق فصار الخمر في حقه كمثلي آخر انقطع عن أيدي الناس .

قالوا : وأما قول مشايخكم : ان قيمة الخمر لايعرفها أهل الإسلام .

فليس بصحيح ، لانه تقدّر فيه المالية والتقوم ، كولد المغرور يقدر فيه الرق ، وربما يقولون يرجع إلى مَنْ قرب عهد بالاسلام في قيمته أو إلى رجلين منهم عند الضرورة .

الجواب :

أما الأول :

قلنا : الخطاب ثابت في حق الكل .

وقولهم : " انه اختص بالمؤمنين " .

ليس عليه دليل .

وأما تعلقهم بالآية .

قلنا : قوله تعالى : (**يا أيها الذين آمنوا**) وإن كان خطاب المؤمنين في الظاهر ، ولكن نص التحريم في قوله " انه رجس " .

وهذا خبر فبنيت على العموم ، مثل قول القائل : يازيد هذا الماء نجس " .

فإن قالوا : **كيف يثبت إبتداء شرع بخبر** ؟ .

قلنا : معناه فانه رجس " يجعل اياه رجس ، وقد قالوا : ان قوله تعالى : (**يا أيها الذين آمنوا ...**) خطاب تشريف لا خطاب تخصيص مثل قوله تعالى (**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنْ الرِّبَا ....**) .[1]

وقد ثبت تحريم الربا في حق أهل الذمة بالإجماع .

يبينه : انه كيف يقال ان هذا الخطاب يختص بالمسلمين وقد قال " والأنصاب والأزلام ... " والأنصاب هي الأصنام والأزلام هي القداح التي كانوا يجيلونها فيما بينهم في أمورهم وقد كان شرعاً من شرائع جاهليتهم ، والخطاب في هذا لايتصور أن يكون مع غير الكفار .

---

(١) سورة البقرة آية (٢٧٨) .

وأما قوله تعالى : (**فاجتنبوه لعلكم تفلحون**) .

قلنا : يفلح بقدره حتى لايعاقب على شرب الخمر كفاسق مسلم يزني ويسرق ولا يشرب الخمر .

فأما قوله تعالى (**انما يريد الشيطان أن يوقع العداوة والبغضاء**) .

قلنا : يقال لهم عندكم تحريم الخمر غير معلل ، فكيف يستقيم هذا الإستدلال ، ولئن قلتم معلل تحريمه بهذا فألحقوا به النبيذ. وعلى أنهم إذا تباغضوا أو تعادوا وتشاجروا نأمرهم بالسكون والإلفة على حسب ما نأمر به المسلمين .

وأما الآية التي ذكروها وهي قوله تعالى (**والقينا بينهم العداوة والبغضاء الى يوم القيامة .....**) .

فالمراد : به ما هم عليه من الإختلاف والتفرق في أصل الدين فذلك باق بينهم إلى يوم القيامة إلاّ أن يسلموا .

وأما قوله تعالى : (**ويصدكم عن ذكر الله والصلاة ....**) .

والمراد : به الإيمان والإتيان بالشهادتين ، لأنه إذا شرب الخمر وسكر فسد عقله ولايمكنه النظر في دلائل الإسلام فثبت بما قلنا انه ليس لهم دليل على تخصيص الخطاب .

وأما طريقة أبي زيد :

فهو أضعف وأوهى من هذه الطريقة ، لأن البلاغ متحقق بالسماع وقيام الحجة .

وقولهم : " انهم ينكرون النبي والقرآن " .

قلنا : هذا انما يفوت البلاغ لو عُذِرُوا ولا عذر لهم لما بينا ان

الدلائل قد قامت عليهم وقد نزّلوا منزلة المعاندين المكابرين .

وقولهم : " **ان الشرع قد ورد بتقريرهم على ما هم عليه** " .

قلنا : كلا ، ولايجوز التقرير على الكفر كما لايجوز التقرير على سائر المعاصي ، وأهل الذمة مع قبولهم عقد الذمة مأمورون بالإسلام وجميع شرائعه مُلْزَمون ذلك مؤثّمون على دوام الأوقات بتركهم القبول مستوجبون للنار في الآخرة إلاّ ان بعقد الذمة أُمهلوا في العقوبة لمصلحة راءها الشرع فهو نوع أمان إلاّ ان الأمان على وجهين :

إما مؤقت يوجب تأخير العقوبة الى مدة في حالة الحياة .

وأمان مطلق يوجب تأخير العقوبة إلى الآخرة .

وأعلم انه لاتقريرلهم عندنا أصلاً /لا على الكفر ولاعلى **١٥٦/ب** شئ من عقائدهم الخبيثة ، وإنما جاء الشرع بترك التعرض لهم ، لأن العقد معقود على ترك التعرض فلم يتعرض لهم في معاملاتهم وسائر ما يعقدونه وفاءً بالعهد وحفظاً لعقد الأمان الذي جرى بيننا وبينهم .

فإن قالوا : **هذا التقرير الذي ذكرناه** .

قلنا : لأن التقرير يوجب فوات الدعوة وترك التعرض لايوجب فوات الدعوة انما هو مجرد تأخير معاقبة وزجر ، ويجوز ان تكون الحجه لازمه والدعوة متوجهة وتؤخر المعاقبة والمنع فعلاً .

فأما لايجوز أن يرد الشرعُ بتقريرهم على ما هم عليه ثم يبقى لزوم الحجة وتوجه الدعوة ، وهذا كامل الكفر لايتعرض لهم فيه ، ولايقال انهم عليه أو فات عنهم البلاغ فيه ، وبهذا الفصل يبطل أصل القاعدة في هذه الطريقة ، فإنه ورد الشرع بتركهم وما يعتقدون في أصل الدين ولم يقل أحد ان البلاغ فات فيه .

وليس لهم على هذا اعتراض إلاّ أن يقولوا : ان الإيمان يجب عقلا لاسمعاً وهذا مذهب أهل البدعة ، ولاينبغي أن يمكنوا من اظهار هذه العقيدة ويلزمهم مع هذا الإيمان بالنبي ص فإن البلاغ فيه ثابت وهو سمعي محض ولا جواب لهم على هذا .

وأما النقض بمتروك التسمية إذا أتلفه انسان على شفعوي المذهب .

فمتوجه فانه لايتعرض لهم بإتلاف متروك التسمية عليهم ومع ذلك لم يوجبوا الضمان .

وقولهم : " **ان المحاجّة قائمة معهم** " .

قلنا : ومع أهل الذمة قائمة وندعوهم إلى الإسلام ونذكرهم لرفع الحجة عليهم بل هذا أولى ، لأن دليل متروك التسمية مجتهد فيه بخلاف الخمر فان حرمتها مقطوع بها .

فأما فصل الأنكحة فنحن لانقضي بينهم فيها إلاّ بما يوافق شرع الإسلام .

وقد قال أبو حنيفة : إذا ارتفعوا إلينا نفرّق بينهم وبين محارمهم [1] وأما المشركة فبضعها متقوم في حق المسلم بدليل أن مَنْ وطئ أمة مجوسية لمسلم يضمن عقرها .

وأما الخمر غير متقومة في حق المسلم بحال ، ثم نقول : ما ادّعيناه من خطاب أهل الذمة بالشرعيات وقيام الحجة عليهم في الكل قاعدة كلية لايتصور نقضها .

وأما صحة الأنكحة ان لم توافق شروطها شرع الإسلام استثنيت من هذا الأصل بالنص الوارد من الكتاب والسنة في إثبـات نكاحهم وتصحيحه

---

(١) انظر : الاسرار ص ٢٧٠ (كتاب النكاح) بتحقيقنا .

وهو قوله تعالى (وأمرأتُهُ حمَّالَةَ الحَطَبِ) .[1]

وقوله عليه الصلاة والسلام (ولدتُ من نكاحٍ ولم أولدْ من سفاح) .[2]

ولأنا لو أبطلنا أنكحتهم أدّى إلى فساد عامة الإنسان لأصحاب رسول الله ﷺ ، وربما يتعدّى إلى النبي عليه الصلاة والسلام . ونعوذ بالله من هذا الاعتقاد ، وهذا كإستثنائهم الربا من الأصل الذي ادّعوه .

وأما قولهم " ان عقد الذمة عصم الخمر " .

قلنا : ليس معناه إلاّ منع الإراقة ، وقد أجبنا عنه .

وأما نفس الكافر ضمنت بالعصمة ، ولأن عقد الذمة عقد عصمة .

والحرف : ان عقد الذمة معقود لعصمة ما ليس بمعصوم ، أما هو ليس بمعقود لجعل ما ليس بمال مالاً ، والآدمي يضمن لا لكونه مالاً بل للعصمة ، وعقد الذمة قد أوجب العصمة مثل ما يوجب العصمة لسائر أمواله ، ولو لم تثبت هذه العصمة لم يكن لعقد الذمة فائدة ، فأما أن يجعل ما ليس بمال مالاً فمحال .

ونظير الخمر من الأموال العبد المرتد .

أما سقوط الحد إنما كان لأنه يشرب الخمر باعتقاد الإباحة وشرب الخمر باعتقاد الإباحة كفر ، وعقد الذمة قد عصم من عقوبة الكفر . والله أعلم .

---

(١) سورة المسد آية (٤) .

(٢) رواه البيهقي في سننه .
وعبد الرزاق في مصنفه مرسلاً بلفظ " إني خرجت من نكاح ولم أخرج من سفاح " .
وقال ابن حجر في التلخيص بعد ذكر مَنْ خرجه " ووصله ابن عدي والطبراني في الأوسط من حديث علي بن أبي طالب وفي اسناده نظر " أهـ . ثم قال : " اسناد ضعيف " : ١٧٦/٣ .

(مسألة)

نقصان الولادة لايجبر بالولد عندنا .[1] وعندهم : يجبر .[2]

وصورة المسألة : إذا ولدت الجارية المغصوبة وانتقصت وفي الولد وفاء بالنقصان .

لنا :

إن الجزء الفائت بالولادة مضمون على الغاصب ، والمضمون إذا فات ووجب ضمانه يكون ضمانه من ملك مَنْ عليه الضمان لا من ملك مَنْ له الضمان .

دليله : سائر الضمانات .

يبينه : ان الضمان الواجب بالغصب أو الجناية مال يجب لصاحب الحق على الغاصب والجاني لجبر ما فات بالغصب أو الجناية ولايتصور تحققه إلا أن يكون حصوله لمن له الضمان بسبب الجناية على حقه ، وهذا المعنى لايمكن تحقيقه في مسألتنا ، لأن الولد يجعل لصاحب الجارية سواء كان هناك فوات جزء ونقصان بالولادة أو لم يكن ، وما كان بهذا السبيل كيف

---

(١) النكت ورقه ١٧٤/أ ، الحاوي : ١٥٦/٧ ، روضة الطالبين : ٦٤/٥ .
وهو قول زفر وأحمد ، انظر المغني : ٣٩٥/٧ ، الأسرار : ٢/٢٩٠/ب ، إيثار الإنصاف : ص ٢٦١ .

(٢) مختصر الطحاوي ص ١١٨ ، مختصر القدوري : ٤٤٤/١ مع الجوهرة ، الأسرار : ٢/٢٩٠ /ب (مراد ملا) ، المبسوط : ١٥٨/١١ ، البدائع : ٤٤٣٧/٩ ، رؤوس المسائل ص ٣٥٤ ، إيثار الإنصاف ص ٢٦١ .

يتصور أن يكون الولد مال الضمان بقى الضمان في / ذمته **١٥٧/أ** لاينقضي عن عهدته إلاّ بالأداء أو الإبراء وصار الولد في هذا الضمان الواجب كالعدم أو يجعل كسائر أموال المغصوب منه ، ويصير أيضاً كما لو هلكت الأم في الولد وفاء بقيمة الأم لم يجبر به مال الضمان .

وأما حجتهم :

قالوا : الولد قام مقام النقصان خلفاً عن الفائت فينعدم النقصان .

كما لو هزلت الجارية ثم سمنت أو قلع سن إنسان ثم ينبت مكانها سن أخرى .

والدليل على أن الولد قام مقام النقصان وخلف عن الفائت : ان سبب الزيادة والنقصان واحد ، لأن سبب النقصان هو الولادة ، وسبب الزيادة كذلك ، لأن الولد لايكون مالاً متقوماً بنفسه إلاّ بالولادة .

أما في جنين البهيمة فالولد وان كان مالاً قبل الولادة لكنه تبع للأصل وإنما يصير مالاً بنفسه إذا انفصل .

وأما في الجارية فليس بمال قبل الولادة لاتبعاً ولا أصلاً ، أما أصلاً فمعلوم ، وأما تبعاً فلأن الجارية تتعيّب بالولد وما تتعيّب به الجارية لايكون صفة زائدة في مالية الجارية فثبت : ان الولد انما يصير مالاً مقصوداً بنفسه متقوماً بالولادة فكانت الولادة سبباً للزيادة والنقصان .

والسبب الواحد إذا فوّت حق إنسان من وجهٍ وأفاد من وجهٍ آخر صارت الزيادة خلفاً عن الفائت وقائمة مقامه فيصير في المعنى كأن لم يفت فلا يجب الضمان.

وحرفهم :

ان السبب الواحد إذا أخرج عن ملكه مالاً وأدخل مالاً يكون الداخل

خلفاً عن الخارج ضرورة ، كما في البيع فإنه لما كان سبباً يوجب خروج المبيع عن ملكه ودخول الثمن في ملكه كان الثمن خلفاً عن المبيع ضرورة ، كذلك هاهنا .

قالوا : وقولكم " **ان ملكه لايُجبر بملكه** " .

لايصح ، لأن الولد ما كان مملوكاً له قبل الولادة حتى يصير ملكه خلفاً عن ملكه وإنما صار مملوكاً له بعد الوجود بالولادة ، والخلافة من شرطها أن يدخل في ملكه ما لم يكن مملوكاً له خلفاً عما زال عن ملكه ، وليس من شرطها أن يكون مملوكاً لغيره حتى يصير خلفا عن ملكه ، ألا ترى انه إذا باع عبداً بألف درهم، فانه يملك البائع ألف درهم من ذمة المشتري ، وما كانت هذه الألف مملوكة للمشتري قبل هذا ، ولكن لما دخل في ملك البائع ما لم يكن مملوكاً له من قبل تحققت الخلافة بحكم البيع ، فكذلك هاهنا الولد قبل الولادة لم يكن مملوكاً مقصوداً ، وكان ذلك الجزء الذي فات بالولادة مملوكاً فبالولادة فات ذلك الجزء عن ملكه ، ودخل الولد في ملكه فتحققت الخلافة وألزموا على ما قلنا مسألة السّن.

قالوا : وإن قلتم ان هناك بالسّن النابتة ينعدم النقصان الحاصل بالقلع فينجبر لهذا المعنى ، كذلك ههنا بالولد ينعدم النقصان معنىً على ما سبق فينجبر النقصان الحاصل مثل تلك المسألة سواء .

قالوا : ولايلزم إذا ماتت الأم وفي الولد وفاء بقيمة الأم .

منع بعضهم وقال : ينجبر وادّعوا رواية عن صاحبهم .

قالوا : ولئن سلمنا إنما لاينجبر ، لأن ملك الولد فرع ملك الأصل فإذا فات جزء وجدت جزءاً آخر من الأصل بسبب واحد أثبتنا الخلافة بين الحادث والفائت بذلك السبب ، وأما إذا تلف الأصل لايمكن أن يجعل الولد

جابراً للأصل ، لأن الولد يملك بملك الأصل وهو فرع ، والفرع لايجبر أصله كما تقول في سجود السهو فانه يجبر بالنقصان الحاصل في الصلاة ولو بطلت الصلاة فان السجود لايجبر الصلاة ، كذلك ههنا .

قالوا : ولايلزم اذا قطع قوائم شجر انسان فنبت مكانها غيرها ، أوجزّ صوف شاة انسان فنبت مكانه غيره حيث لايجبر ، لأنا انما سعينا لينجبر النقصان بالزيادة لاليملك الجاني عيناً مملوكة لغيره ، وهناك حاجتنا الى أن يجعل القوائم المقطوعة مملوكة للقاطع ، ولأن سبب الزيادة والنقصان هناك مختلف ، لأن الشجرة تنتقص بالقطع والزيادة تحصل بقوه في الشجرة ولم يكن حصولها بسبب القطع .

قالوا : ولايلزم اذا أخرج ظبيةً من الحرم فولدت ولداً ونقصتها الولادة وفي الولد وفاء بالنقصان حيث لاينجبر ، لأنا لانسلم هذه المسألة بل ينجبر ، وثبتوا على المنع .

قالوا : ولايلزم إذا لم يكن في الولد وفاء بالنقصان حال الولادة ثم صار فيه وفاء بعد الرد إلى المالك حيث لاينجبر به ، لأن حكم الغصب انتهى نهايته بالرد مما قدر على / رده إلى المالك برئ عن الضمان ١٥٧/ب وما عجزت عن ردّه استقر عليه ضمانه فالزيادة الحاصلة في الولد من بعد الرد لاتعتبر ، وليس كما لو زاد قبل الرد وصار فيه وفاء بالنقصان ، ولم يكن فيه وفاء عند الولادة حيث ينجبر به ، لأن صفة الخلافة انعقدت للولد حال حدوثه وصار جابراً بقدر قيمته من نقصان الأم فالزيادة التي حصلت بعد ذلك هي زيادة فيما هو خلف فيصير خلفاً أيضاً . فأما اذا كانت الزيادة بعد الرد فقد بينا من قبل .

قالوا : وأما قولكم " ان الضمان الواجب لايسقط إلاّ بالأداء أو

الإبراء " .

لايصح ، لأنا إذا جعلنا هذه الزيادة خلفاً عن الأصل امتنع وجوب الضمان أصلاً، لأنه قد وجد الرد على الوجه الذي غصب ففات وجوب الضمان مثل ما يفوت في مسألة السّن والسّمن ، ولا نقول : إنه وجب الضمان وصار مؤدياً بالولد ، هذه جملة ما يمكن لهم في هذه المسألة .

وقد قال أبو زيد في الأمالي :

ان الولد في معنى الأرش عن الجناية فقام مقامه كنفس الأروش في الجنايات قال: وإنما قلنا : انه بمنزلة الأرش لأن مالية الولد حدثت بالولادة التي أوجبت النقصان في الأم كمالية الأرش وجبت بالقطع الذي أوجب النقصان في الأصل على ما ذكرنا من قبل .

وربما يقولون في أثناء الكلام نعنى " بالخلفية " الخلف وجوداً مثل السّن يخلف السّن وجوداً .

الجواب :

إن بناء كلامهم على أن الولد ليس بمالٍ قبل الإنفصال وهذه مكابرة محسوساً ومحكوماً :

أما المحسوس فلأنا نقطع بوجود الولد في البطن قبل الولادة فانه إذا حصل الولادة علمنا ان الولد كان موجوداً من قبل وإذا كان الأم مالاً كان الولد مالاً ، لأنه يتبعها في المالية وعدم المالية ، وكذلك في التقوم .

وأما الحكم : فلأنه لو اعتق جنيناً مشتركاً بين أثنين يضمن لصاحبه ، ولو أوصي بما في بطن جاريته لانسان ومات ثم ان صاحب الجارية وهو الوارث اعتق الأم يضمن الولد للموصي له ، ولأنه لو جعل الولد بدلا في الخلع صح التسمية وما ليس بمالٍ لايصح التسمية بدلاً من الخلع ، ولأنه

يصح الإيصاء به ، وما ليس بمالٍ لايصح الإيصاء به كالخمر وهذه دلائل معتمدة .

وعلى أنا ان سلمنا انه حصل مالاً بالولادة ولكن لايصلح ضماناً للجزء الفائت كما بيّنا .

يبينه : ان الضمان بنقصان الأم والنقصان قائم ولم يضمن شيئاً فكيف يتخلص عن الضمان بحدوث ولد لمن له الضمان .

وقولهم " **انه قائم مقامه وخلفه** " .

تمنى باطل ، لأن الخلف : إما أن يكون من حيث الشرع أو من حيث الحسّ، ولا خلف من حيث الحسّ ، لأن النقصان قائم كما كان بخلاف السّن النابتة بعد القلع إن سلمنا ، لأن النقصان حساً قد ارتفع ، وكان الضمان الواجب لا بدلاً عن السّن ، لأن السّن ميتة لاقيمة لها ، وإنما كان الضمان للثلمة الواقعة محسوساً فإذا ارتفعت ذهب الضمان لانعدام سببه .

فأما في مسألتنا فالنقصان قائم كما بينا ، ولايجوز أن يكون خلفاً من حيث الشرع ، لأن الخلف من حيث الشرع هو ما جعله الشرع عوضاً على معنى تقويمه به كالأرش في القطع ، وكذلك الثمن في البياعات خلف عن المبيع ، لأنه عوضه بالتراضي من المتعاقدين ولايتصور هذا الخلف إلاّ بشرطه ، وهو أن يكون واجباً من مال مَنْ عليه الضمان لمن له الضمان .

وفي مسألتنا لايوجد هذا المعنى ، لأن الولد مال مَنْ له الضمان والنقصان حاصل في ملكه فانعدمت الخلفية محسوساً ومشروعاً فبقى الضمان الواجب على وجوبه من قبل .

وقد خرج بما قلنا الجواب عن فصل السّن وفصل الأرش .

ويقال لهم على جهة تلخيص الكلام : النقصان وإن حصل بسبب الزيادة ولكن نقصان في ملكه وزيادة من ملكه فلا يصلح ضماناً .

فإن قالوا : يصلح جبراً .

قلنا : لايصلح أيضاً ، لأن جبر المضمون بالضمان ، فإذا لم يصلح ضماناً في نفسه لم يصلح المحصول جبر المضمون به .

وقولهم " انعدم النقصان معنى " .

دعوى بلا دليل .

وقولهم " انه يكفى في الخلفية أن لايكون مالكاً للشئ من قبل " .

قلنا : لابد أن يكون مالكاً له من قبل وان يملكه من جهة مَنْ عليه الضمان ليتحقق الضمان ، ثم إن سُمّي خلفاً فيجوز .

وقولهم " **إنه انعدم الضمان** " .

كيف ينعدم والنقصان قائم ، والولد حصل من ملكه ، ولايتصور أن ينعدم الضمان الواجب له بملكٍ يحدث من ملكه .

والله تعالى أعلم بالصواب وبه الحول والقوة .

إذا غصب طعاماً من إنسان وأطعمه المغصوب منه وهو لايعلم أنه طعامه فتناول لايبرأ الغاصب في أظهر قولي الشافعي رضي الله عنه .[١]

وقال : في القول الثاني[٢] : يبرأ ، وهو قولهم .[٣]

وعلى هذا الخلاف إذا أعار منه المغصوب من ثوبٍ أو دابة .

لنـــا :

انه لم يصل اليه ما أزال عنه فلا يبرأ عن الضمان كما لو لم يقدمه أصلاً بين يديه ، وانما قلنا ذلك ، لأنه أزال يد الملك واعاد يد الإباحة .

والدليل على انه اعاد يد الإباحة ان يد الملك لاتعرف بصورة اليد بل بيد ذات أحكام مخصوصة .

وفي مسألتنا لم توجد يد الملك بدليل انه لايبنى عليها احكام الملك ، ألا ترى انه بظاهر ما يعتقده من حقه في الطعام لايجوز أن يتصرف فيه بتصرفٍ ما من البيع والهبة والرهن وسائر التصرفات ولو اعتقد جوازها أثم .

وفي مسألة تقديم الطعام بين يديه لايمكن من النقل اذا لم يعرف انه طعامه ، فثبت انه لم يعد يد المالك فلا يبرأ عن الضمان الواجب بإزالة يد الملك .

---

(١) مختصر المزني : ٤٣/٣ (مع الأم) ، المهذب : ٤٩١/١ ، النكت ورقه ١٧٦/أ ، الحاوي : ٢٠٧/٧ ، روضة الطالبين : ١١/٥ .

(٢) مختصر المزني مع الأم : ٤٣/٣ ، المهذب : ٤٩١/١ .

(٣) الأسرار : ٢٩١/٢ /ب (مراد ملا) ، المبسوط : ٨١/١١ .

ويمكن أن يقال : أزال يداً بسلطانٍ مخصوصٍ ولم يعد يده بسلطانه على ما سبق .

وأماحجتهم :

قالوا : أتى بالرد المستحق عليه فيبرأ عن الضمان ، كما لو علم المغصوب منه انه طعامه .

وإنما قلنا ذلك ، لأن المستحق رد يتضمن عود يد الملك وقد عاد يدالملك ، لأنه قد ثبتت اليد للماك على المغصوب ولايتصور للمالك على المغصوب يد سوى يد الملك .

وحرفهم : ان الأيدي وان كانت مختلفة لكن يد الملك متعينة للمالك ، فعلى أيّ وجهٍ أثبت له اليدُ تكون يد الملك ، وإذا ثبت عود يده وقعت البرا ءة .

قالوا : ولايجوز أن ينظر الى أن الغاصب أعاد يديه على جهة الإباحة ، لأن هذا موجود فيما إذا كان المغصوب منه يعلم أن الطعام طعامه فانه يبرأ عن الضمان ، فدل ان المعتبر مجرد عود يده .

قالوا : ولايجوز أن يقال : ان المالك مغرور من جهة الغاصب ووبال المغرور على الغارّ ، لأن المالك مغتر وليس بمغرور ، لأن الطعام الذي قدم إليه يحتمل انه ملكه ، ويحتمل انه ليس بملكه فإذا أقدم عليه مع الاحتمال فقد غرّ نفسه ، وعلى أنه وإن كان مغروراً من قبله لكن لما أكل من ملك نفسه وباشر إتلاف المغصوب بفعله لم يكن له على أحدٍ سبيل ، كما قال لغيره " اسلك هذا الطريق فانه آمن وسرّ الى البلد الفلاني فإن التجارة فيه مربحة " ، فسلك ذلك الطريق فقطع عليه أو قدم ذلك البلد فخسر لايرجع على الغار بشئ ، لأنه وان كان مغروراً من

قِبَلَهَ ولكن سلك الطريق بنفسه وبفعله واتجر بنفسه فهو وان هلك مالُه لايرجع على أحدٍ ، وهذا لأن غاية ما في الباب أن ينزل الغارّ منزلة المسبب لهلاك مال الغير والمباشرة إذا طرأت على التسبب فانها تقطع حكم التسبب ، كما لو حفر بئراً فجاء إنسان وألقى إنساناً فيه فإنه يجب الضمان على الملقى لا على الحافر .

قالوا : وليس كما لو باع جارية من إنسان فأولدها المشتري ولداً فظهر مستحق للجارية وضمن المشتري قيمة الولد حيث يرجع بقيمة الولد على البائع ، لأنه لا رجوع بحكم الغرور بل يرجع على البائع بحكم إلتزامه سلامة الجارية وسلامة الولد لأن البيع عقد إلتزام وشرط سلامة بسلامة .

الجواب :

قد ذكرنا انه ما أعاد يد الملك .

وقولهم : " **انه لايتصور للمالك إلاّ يد الملك** " .

قلنا : لايتصور اذا عُلِمَ أن الشئ ملكه إذ لايتصوّر الإعراض عن ظاهر ما يعتقد المالك ، والشرع لم يعرض عن ظاهر ما يعتقده المالك في أن الطعام ليس بملكه بدليل ما قدمنا من قبل .

ويجوز أن يقال : إن المالك وان كان الثابت له يد الملك ولكن الغاصب ما أعاد يد الملك وبراءته باعادة يد الملك ، لأنه إذا كانت برآته برده فيعتبر صفة رده ، فأما إذا علم المغصوب منه انه طعامه فأكله على أنه طعامه يبرأ الغاصب باسترداد المالك وليس برد الغاصب ، وهو كما لو جاء إلى بيت الغاصب وأخذ منه المغصوب .

فأما ههنا الإسترداد فلو برئ عن الضمان لبرئ بالرد ولم يوجد الرد على

جهة ما أخذ ، لأنه أخذ مزيل يد الملك وردٌ غير مفيد يد الملك فلم يبرأ عن الضمان ، هذا غاية ما يمكن تحقيقه في هذه المسألة وهو / **١٥٨/ب** حسن يمكن تمشيته فليعتمد عليه .

وأما طريقة اعتبار المغرور فهو طريقة المشايخ .

ونهاية ما يمكن أن يقال في تقريرها : ان الغرور الصادر من الإنسان يجعل الغارّ بمنزلة المتسبب والتسبب للهلاك موجب ضمان الهلاك .

أما مباشرة المالك الأكل بنفسه فبناء على تسببه فلا يوجب براءته عن عهدة غروره كالولي إذا قتل المشهود بقتله لا يبرأ الشهود عن الضمان ، لأنه ينبني قتله على شهادتهم فلم يوجب برآءتهم عن الضمان .

هذا غاية الإمكان ، والإعتماد على ما سبق .

والله تعالى أعلم بالصواب وهو الموفق والمعين .

((كتاب الشفعة))

مسألة :

لاتثبت الشفعة إلاّ للشريك عندنا .[1]

وعندهم : تثبت للجار إذا لم يكن شريك .[2]

لنا :

حديث معمر عن الزهري عن أبي سلمة[3] عن جابر أن النبي ص قال : اذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة " .[4]

وفي رواية الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة " .[4] رواية " إنما الشفعة فيما لم يقسم ..... " .[5]

---

(١) المهذب : ٤٩٥/١ ، مختصر المزني مع الأم : ٤٧/٣ ، ٤٨ ، النكت ورقه ١٧٦/ب ، والحاوي الكبير : ٢٢٧/٧ ، معالم السنن : ٧٨٨/٣ .
وبهذا القول قال المالكية والحنابلة ، انظر المغني : ٤٣٦/٧ .

(٢) الأسرار : ١٧٣/١/ب (مراد ملا) ، مختصر القدوري مع الجوهرة : ٣٥٤/١ ، مختصر الطحاوي ص ١٢٠ ، المبسوط : ٩٤/١٤ .

(٣) أبو سلمة بن عبد الرحمن بن عوف الزهري المدني قيل : اسمه عبد الله، وقيل : إسماعيل ، ثقة مكثر من الثالثة ، مات سنة ٩٤هـ ، وكان مولده بضع وعشرين ، روى له أصحاب الكتب الستة . انظر : التقريب ص ٤٠٩ .

(٤) رواه البخاري في صحيحه : ٤٣٦/٤ مع الفتح ، باب الشفعة فيما لم يقسم .
والترمذي في سننه : ١٣١/٦ مع العارضة ، باب ما جاء إذا أحدت الحدود ....)

(٥) هذه الرواية هي رواية أبي داودفي سننه : ٧٨٤/٣ مع المعالم ، باب في الشفعة .

والخبر نص ، وهو قوله " فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة " .

ولأن قوله عليه الصلاة والسلام " فيما لم يقسم " ، يقتضي نفي الشفعة في المقسوم ، لأنه ص أدخل الألف واللام وذلك يقتضي استيعاب الجنس .

وكذلك قوله " انما الشفعة فيما لم يقسم " يقتضي النفي والإثبات مثل قوله تعالى : (إِنَّمَا اللَّهُ إِلَهٌ وَاحِدٌ .....) .[1]

قالوا : الأخبار متعارضة بل الأخبار في إثبات حق الشفعة للجار أكثر .

روى قتادة[2] عن الحسن[3] عن سمرة أن النبي ص قال : " جار الدار أحق بالدار " .[4]

وروى أيضاً سعيد[5] بن أبي عروبة[6] عن قتادة عن أنس عن النبي ﷺ.

---

(١) سورة النساء آية (١٧١) .

(٢) قتادة بن دعامة السدوسي أبو الخطاب البصري ، ثقة ، ثبت ، يقال ولد أكمه وهو رأس الطبقة الرابعة ، مات سنة ١١٠هـ روى له أصحاب الكتب السته . انظر التقريب : ص ٢٨١ .

(٣) يعني الحسن البصري .

(٤) رواه الترمذي في سننه : ١٣٩/٦ مع العارضة ، باب ما جاء في الشفعه .
وأبو داود في سننه : ٧٨٧/٣ مع المعالم ، باب في الشفعة .
والإمام أحمد في مسنده : ٣٨٨/٤ ، ٨/٥ ، ١٢ ، ١٣ ، ١٨ .

(٥) سعيد بن أبي عروبة مهران اليشكري مولاهم ، أبو النضر البصري ، ثقة ، حافظ ، له تصانيف ، لكنه كثير التدليس ، واختلط ، وكان من أثبت الناس في قتادة ، من السادسة ، مات سنة ١٥٦ أو١٥٧هـ ، روى له أصحاب الكتب الستة ، انظر التقريب ص ١٣٤ .
ذكر روايته الزيلعي في نصب الراية : ١٧٣/٤ .

(٦) في المخطوط (عروة) والتصويب من نصب الراية : ١٧٣/٤ .

وروى عبد الملك [1] بن أبي سليمان عن عطاء عن جابر قال : قال رسول الله ص " الجار أحق بشفعته ينتظر به إن كان غائباً إذا كان طريقهما واحد " . [2]

وروى أبو رافع أن النبي ص قال " الجار أحق بصقبه " . [3]

ورواه ابراهيم [4] بن ميسرة عن عمرو [5] بن الشريد عن أبي رافع .

هذه أخبار معروفة مشهورة .

---

(١) عبد الملك بن أبي سليمان ميسرة العزرمي ، صدوق له أوهام من الخامسة مات سنة ١٤٥هـ ، روى له البخاري تعليقاً ، ومسلم وأصحاب السنن ، انظر التقريب ص ٢١٨

(٢) رواه الترمذي في سننه : ١٣٠/٦ مع العارضة ، باب ما جاء في الشفعة . وأبو داود في سننه : ٧٨٨/٣ مع المعالم ، باب في الشفعة .

(٣) رواه البخاري في صحيحه : ٤٣٧/٤ مع الفتح ، باب عرض الشفعه على صاحبها قبل البيع .
وأبو داود في سننه : ٧٨٦/٣ مع المعالم ، باب في الشفعه .
والنسائي في سننه : ٢٨١/٧ ، ٢٨٢ ، باب ذكر الشفعة وأحكامها .
وابن ماجه في سننه : ٨٣٣/٢ . والإمام أحمد في المسند : ٣٨٩/٤ .
والدارقطني في سننه : ٢٢٣/٤ .

(٤) ابراهيم بن ميسرة الطائفي ، نزيل مكة ، ثبت حافظ ، من الخامسة ، مات سنة ١٣٢هـ
روى له أصحاب الكتب الستة . انظر التقريب : ص ٢٤ .

(٥) عمرو بن الشريد الثقفي أبو الوليد الطائفي ، ثقة من الثالثة .
روى له البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي وابن ماجة . انظر التقريب ص : ٢٦٠ .

والخبر الأول ، وخبر أبي رافع صحيحان في الباب .

وروى أصحابهم بطريق أبي سعيد أن النبي ص قال " الخليط أحق من الشفيع، والشفيع أحق من غيره ..... " [1]

وروى ابراهيم بن ميسرة عن عمرو بن الشريد عن أبيه ان النبي ص سئل عن ارض ليس لأحد فيها شرك ولا نصيب إلا الجوار بيعت ، فقال عليه الصلاة والسلام : " الجار أحق بصقبه " . [2]

وأوّل بعضهم الخبر الذي رويناه وقال " معناه إذا وقعت الحدود وصرفت الطرق بحيث لم يبق هو جاراً ملاصقاً وصار جاراً مقابلاً ألا ترى انه شرط شيئين . [3]

وعندكم : بمجرد إيقاع الحدود تسقط الشفعة وان لم تصرف الطرق .

وأما عندنا : فشرط صرف الطرق في نفي الشفعة لما بيّنا .

الجواب ان المراد بالجار المذكور هو الشريك ، واسم الجار يقع على الشريك ، لأنه يجاور شريكه ويساكنه في الدار المشتركة والمرأة تسمى جارة على هذا المعنى ، قال : الأعشى : [4]

أجارتنا بيني فانك طالقه   كذاك أمور الناس تغدو وطارقه

---

(١) عزاه في نصب الراية الى ابن أبي شيبة في مصنفه وعبد الرزاق في مصنفه وهوعندهما من قول ابراهيم النخعي وليس مرفوعاً .
انظر نصب الراية : ٤/١٧٦ .

(٢) رواه الإمام أحمد في مسنده " ٤/ ٣٩٠ .

(٣) أي انظر الاسرار : ١/١٧٤/أ (مراد ملا) .

(٤) الأعشى الكبير واسمه " ميمون بن قيس " انظر : ديوانه ص ٢٦٣ ، وروايته في الديوان :
==

قال يحيى بن معين : لم يسمع الحسن عن سمرة شيئاً إنما هو صحيفة وقعت إليه [١] .

وقال غيره [٢] : سمع الحسن عن سمرة حديث العقيقة فحسب .

وأما الخبر الثاني : فقد قيل : عبد الملك بن أبي سليمان لين الحديث . [٣]

وقال الشافعي [٤] رضي الله عنه : يخاف الا يكون محفوظاً .

وعن شعبة انه أنكر هذا الحديث وقال : ان روى عبد الملك مثل هذا حديثاً تركتُ حديثه " . [٥]

وإن ثبت فنحمله على الشريك لقوله : " إذا كان طريقهما واحداً " .

قال ذلك لأن الطريق / إنما يكون واحداً على الحقيقة في **١٥٩/أ** المشاع دون المقسوم .

وأما حديث أبي رافع [فقد تكلم أهل الحديث فيه ، واضطربت الرواية فيه فقال بعضهم : عن عمرو بن الشريد عن أبي رافع .

وقال بعضهم : عن أبيه عن أبي رافع .

وارسله بعضهم وقال فيه قتادة عن عمرو بن شعيب عن الشريد] . [٦]

وأما خبر أبي سعيد والشريد على ما ذكروا فلا يثبتان أصلاً .

(=) " ياجارتي بيني فانك طالقه كذاك أمور الناس غادٍ وطارقه "
وقد ذكر هذا المعنى الخطابي في المعالم استدلالاً به : ٧٨٥/٣ ، ٧٨٧ .
وعلى ان في اسانيد أخبارهم مقال .

(١ ، ٢) قاله الخطابي في المعالم : ٧٨٧/٣ .

(٣ ، ٤ ، ٥) قاله الخطابي في المعالم : ٧٨٨/٣ .

(٦) ما بين القوسين نقلا من المعالم : ٧٨٧/٣ .

وأما الأخبار التي رويت في نفي الشفعة إلاّ للشريك فاخبار صحاح وليس لأحد فيها مقال .[1]

وقد روى أبو داود بالإسناد الذي بيّنا عن جابر قال : انما جعل رسول الله ص الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة " .[2]

وروى أيضاً باسناده عن ابن المسيب عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ص إذا قُسمت الأرض وحُدّت فلا شفعة فيها " .[3]

وتأويلهم الأول ، ليس بشئ ، لأن الخبر يقتضي نفي الشفعة في آخر الخبر لما أثبتها في أول الحديث ، وذلك الشفعة بالبيع ، وهذا التأويل لايقوله إلاّ مجازف.

وقولهم " **انه محمول على الجار المقابل** " .

قلنا : في الخبر نفي الشفعة بالقسمة ، ومعلوم أن الجار الملاصق يبقى جاراً بعد القسمة ، وعلى هذا أكثر القسمة فإن الشريك يصير بعد القسمة جاراً ملاصقاً وقد كان شريكاً من قبل .

فأما ذكر صرف الطرق فالمراد منه هو الطريق في المشاع ، وذلك لأن الطريق قد يكون في المشاع شائعاً بين الشريكين قبل القسمة وكل واحد يدخل من حيث شاء ويتوصل إلى حقه من الجهات كلها ، فإذا قسم

---

(١) قاله الخطابي في المعالم : ٧٨٧/٣ .

(٢) انظر سنن أبي داود : ٧٨٤/٣ مع المعالم ، باب في الشفعة .

(٣) انظر سنن أبي داود : ٧٨٥/٣ مع المعالم ، باب في الشفعه .

العقار بينهم مُنع كل واحد منهم أن يتطرق شيئاً من حق صاحبه وأن يدخل في ملكه إلاّ من حيث جعل له فمعنى صرف الطرق هذا .

وقد قيل : ان صرف الطرق مذكور على العادات ، لأن العادة ان الحدود إذا ضُربت صُرفت الطرق فذكر على ذلك ، لأنه شرط النفي للشفعة وقد يوجد صرف الحدود وصرف الطرق والجوار على التلاصق ، فهذا وجه الكلام في الأخبار والمعتمد هذا .

ومَنْ سَلَكَ طريق المعنى فسهل جداً ، لأن استحقاق الإنسان مال الغير وتملكه عليه خارج عن قواعد الشرع وقوانينه ، وإن ثبت للشريك فهو مسلم للإجماع أو للنص .

وأما الجار فلا حق له فوجب الرجوع إلى القاعدة الكلية في الشرع وهو أن تملك مال الغير بغير رضاه لايجوز .

وقد قال رسول الله ص " كل إمرئ أحق بماله من ولده ووالده والناس أجمعين "[1] .

ولأن الجوار ليس بسبب لإستحقاق حق ما على الجار واستحقاق مال الغير بلا سبب باطل .

وأما حجتهم :

تعلقوا بالأخبار التي قدمناها ، وقد ذكرنا الكلام عليها ، ومن جهة المعنى قالوا : الشفعة وجبت للشريك بعلة الضرر ، ونعني " بالضرر " سوء المشاركة وأذى الصحبة ، والشرع قد أوجب دفع الضرر ما أمكن ووجه دفع الضرر أخذ الشقص بالشفعة وتملك نصيبه عليه إلاّ إنهما ماداما

---

(١) سبق تخريجه .

أصلين لاتجب الشفعة ، لأنه ليس ايجابهما لأحدهما بأولى من ايجابها للآخر فإذا صار احد الشريكين دخيلاً ترجح حق الآخر عليه لكونه أصيلاً فثبت له الأخذ لدفع ضرره .

وهذا المعنى بعينه موجود في الجار ، لأن أذى المجاورة معهودة في العادة مثل أذى المشاركة .

وتحريرهم : وهو ان الجار خائف ضرره على وجه الدوام بجهة معهودة عرفاً فثبت له حق الشفعة فيما اشتراه .

دليله : إذا كان شريكاً .

قالوا : وليس كالجار المقابل لأنه لاضرر هناك فإن الطريق حاجز وأيضاً فإن الجار الملاصق كالشريك من حيث أن الأذى بإتصال الملك بالملك بخلاف الجار المقابل فإنه لايخاف أذاه باتصال ملكه بملكه فلم يشبه الشريك فلم تجب له الشفعة .

قالوا : وليس كالمنقول ، لأن الضرر في المنقول وان تصور لكنه يمكنه دفعه ببيعه نصيبه وليس في بيعه نصيبه كثير ضرر ، لأن المنقول لايشتري ليقتني ولا يملك ليمسك ، بخلاف العقار فتحقق الضرر في مسألتنا من حيث انه لايمكنه الخلاص عن ضرره إلا ببيع ما اشتراه للقنية وبيع ما اشتراه للقنية والإمساك ضرر عظيم ، ولايمكن تكليفه الصبر على هذا الضرر ، لأن فيه إضرار بالأصيل بسبب الدخيل وحفظ جانب الأصل أولى بدفع الضرر عنه فتعين أخذ ما اشتراه بالثمن الذي اشتراه به / وليس في أخذه كثير ضرر يلحق المشتري ، لأنه يوفّر عليه **١٥٩/ب** الثمن الذي اشتراه به ويعيده إلى رأس ماله الذي نقده ، فغاية ما في الباب أن يصير كأنه لم يشتر .

قالوا : ولايجوز أن يقال : انه يدفع ضرره بالمرافعة إلى القاضي لأن الحاجة إلى المرافعة إلى القاضي ضرر ، وربما لايندفع أيضاً ، والضرر لايدفع بالضرر .

قالوا : ولايجوز أن يقال انه لو ثبت حق الشفعة للجار لوجب أن يزاحم الشريك كصاحب النصيب القليل مع صاحب النصيب الكثير ، وذلك لأن حق الشفعة للجار عندنا واجب ، إلاّ أن يتقدم عليه الشريك لقوة سببه .

ويجوز أن يقدم حق على حق ولايدل التقديم على السقوط .

ألا ترى أن الأخ للأب والأم يقدم على الأخ من الأب ولايدل ذلك على سقوط إرثه أصلاً ، كذلك ههنا .

وبيان قوة سبب الشريك : هو أن الضرر الذي يلحقه من شريكه أكثر من الضرر الذي يلحقه من الجار لوجود الحاجز من الحائط بين الجارين وعدمه في الشريكين .

الجواب :

إن الأصح عندنا ان إيجاب الشفعة للشريك غير معلل ، وإنما هو بالنص أو الإجماع ، لأنها ان عُلّلت باتصال الملك بالملك فليس في اتصال الملك دليل على وجوب الشفعة ، وان عُلّل بالضرر فنفس الأخذ ضرر على المشتري ، والضرر لايدفع بالضرر .

وقولهم : " هذا دخيل وهذا أصيل " .

قلنا : ليس في صفة الدخيلية معنى يوجب أخذه ملكه ، ولا في صفة الأصيلية معنى يوجب استحقاقه ملكه ، وهذا لأنه وإن كان دخيلاً ، ولكن إنما انتقل إليه الملك الذي كان للبائع وحين كان للبائع لم يكن لأحد

فيه حق التملك فإذا انتقل إلى المشتري يوجب أن يكون كذلك أيضاً ، وعلى ان الضرر الذي قلتم يمكن دفعه بالمرافعة إلى السلطان حين دفع ظلمه ولا ضرورة في استحقاقه ملكه .

وقولهم : " **ان المرافعة ضرر** " .

قلنا : المرافعة لدفع الضرر ودفع الضرر قط لايعد ضرراً .

وقد قال الأصحاب : ان عللنا الأخذ بالشفعة بالضرر فهو ضرر مؤونة المقاسمة .

ويمكن الجمع بين هذا المعنى ، والمعنى الذي قالوه ، لأنه يخاف الأذى من الشريك فيحتاج إلى المقاسمة ، وللمقاسمة مؤونة تلحقه فيأخذ بالشفعة لدفع هذه المؤونة .

يبينه : ان اعتبار هذا الضرر أولى من الضرر الذي قلتم ، لأن ذلك الضرر يمكن دفعه بغير التملك بالشفعة وذلك بما ذكرنا من المرافعة الى السلطان ، ولأنه رجل ورجل فإذا ضارّ يضارّه وإذا آذاه يؤذيه وإذا مَا كَرِهَ يماكره .

وأما الضرر الذي قلناه فلا يمكن ولايتصور دفعه إلاّ بالأخذ بالشفعة .

فإن قالوا : هذا الضرر الذي قلتم لايعدّ ضرراً ، لأنه حق مستحق شرعاً فلا يعد ضرراً ليثبت لأجله حق التملك الذي قالوه .

ولأن هذا يبطل بدار بين ثلاثة نفر لاجدهم ثلثها وللآخر نصفها وللآخر سدسها باع صاحب الثلث نصيبه فإنه يثبت لصاحب النصف أخذه بالشفعة ، ولايتخلص من مؤونة القسمة بأخذه بل يزداد مؤونة المقاسمة .

قلنا : أما قولكم : " انه حق مستحق شرعاً " .

قلنا : مستحق شرعاً بجملة من مساو له في الملك ، فأما من دخيل لايساويه فلا ، وعلى أنا إذا أثبتنا له حق الأخذ بالشفعة ذهب

الإستحقاق الذي قالوه ، والسؤال مشكل .

وأما المسألة التي أوردواها هنا " .

قلنا : هو بالأخذ يتخلص عن المؤونة التي تلحقه من جهة المالك الثلث وبقي ما يلحقه من جهة اشريك الثالث فقد يتخلص من إحدى المؤونتين .

وقد بينّا ان الشفعة لدفع هذا الضرر ، وقد تحقق في هذا الموضع دفع الضرر .

وقولهم : " **ان حال الجار بمنزلة حال الشريك** " .

فمحال ، لأن الشركة سبب لمواجب شرعية بدليل ايجاب القسمة ، والمنع من التصرف بخلاف الجوار فإنه ليس بسبب لوجوب حقٍ ما .

إنما غاية ما في الباب انه يجب ألا يؤديه ، وهذا واجب في حق كل الناس إلاّ أن الشرع خص الجار بالزجر عن اذاه لأن في العادة ان الجار أمكنُ من اذى الجار منه من أذى غيره .

ولهذا المعنى قدّم عليه الشريك عندهم فثبت انه لايساويه وايجاب الشفعة غير معلل على الصحيح من الطريقين فاختص بموضع النص ولم يلحق به الجار الذي لايساويه كما لايلحق الجار المقابل بالجار الملاصق عندهم ، لأنه لايساويه ، والله أعلم بالصواب .

((مسألة))

تجب الشفعة عندنا في الشقص الممهور، وكذلك إذا جعله بدلاً في الخلع والصلح عن / دم العمد أو جعلاً في الإجارة .[1] ١٦٠/أ

وعندهم : لاشفعة في شئ من هذه العقود .[2]

لنا :

انه شقص مملوك بعوضٍ فتجب فيه الشفعة ، كما لو ملك بالبيع ، وهذا لأن الشفعة وجبت في المملوك بالبيع ، لا لأنه عقد بيع لأنه ليس في كونه بيعاً معنىً يوجب الشفعة بل تجب لأنه شقص مملوك بعوضٍ .

والدليل على ان المعنى هذا : ان حقيقة الشفعة استحقاق ملك لدفع ضرر ، فإذا تحقق الضرر وأمكن إيجابُها نوجبُها وقد تحقق الضرر في هذه المسائل ، لأنه ان لم يتحقق الضرر في هذه الصورة لايتحقق أيضاً في البيع ، وإنما قلنا : إن الإيجاب ممكن ، لأنه لما ملك بعوضٍ فقد امكن الأخذ ، لأنه يأخذه بمثل العوض إن كان له مثل ، وإن لم يكن له مثل يأخذه بقيمة العوض ، كما لو باع شقصاً بعبدٍ أو ثوبٍ فإن الشفيع يأخذ بقيمة العبد أو الثوب ، والعوض في مسألتنا متقوم لأن عوض الشقص هو منافع البُضع وهي متقومة بدليل تقوّمها بالعقد الصحيح والفاسد ، ولأن منافع البُضع أعزّ من كثير من الأموال ، وحرمتها أكثر وأوفر ، فإذا تقوّمت الأعيان فلأن يتقوّم منافع البُضع

---

(١) المهذب : ٤٩٨/١، النكت ورقه : ١٧٧/ب ، الحاوي الكبير : ٢٣٢/٧ .

(٢) انظر الاسرار : ١٧٤/١/ب (مراد ملا) ، مختصر القدوري : ٣٥٨/١ ، ٣٥٩ ، مختصر الطحاوي ص ١٢١ .

أولى ، وكذلك في سائر منافع البدن ، وكذلك دم العمد ، وقد ذكرنا الدليل على هذا في كتاب النكاح والغصب .

وإذا ثبت التقوّم ثبت إمكان الأخذ فأشبه إذا ملك البيع .

وأما حجتهم :

قالوا : شقص مملوك لا في مقابلة مالٍ فلم تجب فيه الشفعة ، كما لو ملك بالهبة .

وتحقيقهم : إن حقيقة الشفعة تملك الشقص بمثل ما يملكه به صاحبه فلابد أن يكون التملك حاصلاً بمال مثل حتى يمكن إيجاب الشفعة والمنافع لا مثل لها ، وقد ذكرنا هدا في كتاب الغصب وكذلك منافع البُضع غير متقومة في الأصل ، وإنما تقوّمت نصاً في مواضع مخصوصة ، وهذا لأن منافع البُضع جعلت كأجزاء الآدمي ، وأجزاء الآدمي غير متقوّمة في الأصل كذلك منافع البُضع .

وإذا ثبت انها غير متقوّمة في الأصل فات شرط الأخذ فلم يوجد .

وخرّج على هذا إذا ملك بعبد أو ثوبٍ ، ولأن إيجاب الشفعة لايمكن إلاّ مع اعتبار الجهة التي وجبت الشفعة بها ، ومعنى اعتبار الجهة : هو أن يكون وجوبها بجهة يطلب بها المال ليكون جهة الأخذ بالشفعة مساوية للجهة الموجبة للشفعة، وهذا لايوجد في مسألتنا ، لأن النكاح لايطلب بها المال بل المطلوب من النكاح السكن وإلا لغة ، وإنما المال تبع العرض في الإبتداء فإن مَنْ أراد أن يتزوج على شقص لايستحب ، ولهذا المعنى لايستحب فيه عرضه على الجار ليكون هذا صداقاً لابذاته بخلاف البيع .

وربما يقولون : ان الأخذ بالشفعة في الإنتهاء واجب ليكون بدلاً عن العرض المستحق في الإبتداء فلا يجب إلاّ في موضع يستحق العرض في

الإبتداء .

وقد قال مشايخهم : ان البضع لايقوّم إلاّ على عاقدٍ أو متلفٍ ، والشفيع ليس بعاقد ولا متلف فلا يجوز تقويمه عليه ، كما لايجوز تقومه على الغاصب .

الجواب :

أما الفصل الأول :

قلنا : قولكم " مملوك لا في مقابلة مال " .

قلنا : كونه مملوكاً في مقابلة عوض كافٍ لوجوب الشفعة ، لأن هذا القدر أمكن الإيجاب على سبق .

والحرف : انه إذا ملك بعوض عقداً لايد ، وأن يكون متقوماً ، وإذا كان متقوماً أمكن الإيجاب .

وعلى أن ما قالوه ، فهو كلام ينوه على مذهبهم .

وعندنا : ان منافع البُضع متقومة في الأصل على ما بيّنا في كتاب النكاح ، وإذا كانت متقومة فتكون قيمة المنافع مثلاً لها معنى ، كما تكون الدراهم والدنانير مثلاً للعبد والثوب معنىً .

وأما الطريقة الثانية :

قلنا : قد وجدت المماثلة جهة ، لأن الشقص ملك بعوض والتملك من الشفيع حاصل بعوض .

وأما قولهم : " لايطلب المال بالنكاح " .

قلنا : من جانب المرأة مطلوب ، وقد وصل إليها قيمة بُضعها ، لأن عندنا يوجب الشقص بمهر مثلها .

أما في جانب الزوج فالنكاح قائم وملكه في البُضع على ما ثبت ابتداء العقد ولايمسُّه أخذ الشقص بالشفعة بحال ، والله أعلم بالصواب .

((مسألة))

إذا وجبت الشفعة للجماعة فإنها تقسم بينهم على مقادير انصبائهم في أحد قولي الشافعي .[١]

وفي قول الآخر بقسم بينهم على عدد الرؤوس[٢] ، وهو قول أبي حنيفة[٣] واختيار المزني .[٤]

والأصح هو القول الأول .[٥]

ووجه ذلك ان / الشفعة حق الملك فيقسم بين الشركاء على قدر **١٦٠/ب** الملك .

دليله : الغلّات والأرباح .

ودليله : شرب الأراضي .

ويمكن أن يقال مرفق الملك بدليل ان الرفق اسم النفع وهـــذا الحق واحـــد

---

(١) المهذب : ١/٥٠٠ ، النكت ورقه ١٧٧/ب ، الحاوي الكبير : ٢٦/٧ ، روضة الطالبين : ٥/١٠٠ .

(٢) المهذب : ١/٥٠٠ ، النكت ورقه ١٧٧/ب ، الحاوي الكبير : ٢٥٦/٧ ، روضة الطالبين : ٥/١٠٠ .

(٣) الأسرار : ١/١٧٤/أ (مراد ملا) ، مختصر الطحاوي ص ١٢١ ، مختصر القدوري :٣٦٣/١ (مع الجوهرة النيرة) ، إيثار الانصاف ص ٣٣٢ .

(٤) المهذب : ١/٥٠٠ ، الحاوي الكبير : ٢٥٧/٧ .

(٥) الحاوي الكبير : ٢٥٦/٧ ، وقال الماوردي " قاله في الجديد وهو الصحيح " أهـ .

وقال النووي في الروضة : " وهو أظهرهما " أهـ . ٥/١٠٠ .

ينتفع بسبب ملكه ، ألا ترى انه متى كمل ملكه كمل منافعه ومرافقه بداره .

والأول أحسن .

والدليل على أنها حق الملك ان الشفعة حق من الحقوق ، وإنما استحقه الشفيع بملك نصيبه ، فثبت قطعاً انه حق ملك .

وعلى أنا نعني بقولنا " انه حق ملكه " انه يستحقه بملكه .

وإذا ثبت انه حق الملك فنقول :

مَنْ كثر ملكه كثر حق ملكه وَمَنْ قلّ ملكه قلّ حق ملكه ، وهذا لأن حقوق الملك أتباع الملك وفروعه ، فإذا كثرت الأصول كثرت الأتباع والفروع ، وإذا قلّت الأصول قلّت الفروع ، بل تعتبر الفوائد الحكمية بالفوائد الحاصلة بالأفعال الحسّية ، ومعلوم أن ما يحصل بالأفعال الحسّية من الأملاك فانها تقسم بين الشركاء على مقادر الأفعال الحسّية بدليل الفرسان مع الرّجالة في الغنائم ، فإنها تقسم بينهم على التفاضل لتفاضل أفعالهم الحسية فإن مَنْ كانت آلته أكثر كانت أفعاله أكثر ، وإذا كانت أفعاله أكثر كانت فوائد أفعاله أكثر ، كذلك الفوائد الحاصلة بالأسباب الحكمية وجب أن يكون كذلك فمَنْ كان سببه أكثر كانت فوائده أكثر واصابته أوفر وهذا حرف معتمد .

وأما حجتهم :

قالوا : استووا في سبب الإستحقاق فيستوون في الإستحقاق كما لو استووا في الأنصباء .

وإنما قلنا " استووا في سبب الإستحقاق " لأن الشفعة حق مستحق بأصل الملك لابقدر الملك بدليل أن مَنْ قلّ نصيبه يستحق الشفعة عند الإنفراد

في نصيب مَنْ كثر نصيبه مثل مَنْ كثر نصيبه يستحق الشفعة على مَنْ قلّ نصيبه وصورته

إذا كانت داراً بين اثنين لاحدهما سهم من عشرة أسهم والباقي للآخر فايّهما باع نصيبه استحقه الآخر ، وهذا لأن الشفعة حق واجب لدفع ضرر عن الملك أو لضم ملك الى ملك ليتم له مرافق الملك فيستوي فيه مَنْ كثر فيه نصيبه وَمَنْ قلّ نصيبه كالمنع من المتصرف لما ثبت لدفع الضرر عن الملك والمطالبة بالقسمة لما ثبت لإفراد مرفق الملك استوى في ذلك مَنْ نصيبه وكثر نصيبه .

وقال أبو زيد :[1]

[نفس الشركة علة استحقاق الشفعة بدليل ما بيّنا فالزيادة في الشركة تصير علة أخرى مثل الأولى لذلك الحكم بعينه ، وهو استحقاق المبيع فلا يزداد له الإستحقاق بزيادة العلة في ذلك الحكم بعينه ، لأن المستحق بعلة لايتصور أن يستحق بعلة أخرى غير الأولى ، لأنه واحد][2] ، وصار هذا بمنزلة شاهدين شهدا له بشئ وأربعة شهدوا لصاحبه يستويان ، لان شهادة شاهدين علة تامة في الإستحقاق فلم يزد الإستحقاق بزيادة العلة ، [وكذلك مَنْ جرح إنساناً جراحة واحدة وجرحه آخر عشر جراحات ومات المجروح استويا في الضمان الواجب لأن الجرح علة تامة في الموت وان كان واحداً فزيادة الجرح يكون زيادة علة على علة صاحبه

---

(١) انظر الأسرار : ١/١٧٤/أ (مراد ملا) .

(٢) ما بين القوسين نقلا من الأسرار : ١/١٧٤/أ (مراد ملا) .

فلم يوجب زيادة ضمان ، وكذلك منْ يحتج بآية واحدة والآخر يحتج بآيتين يستويان ، وكذلك في الخبر ، قالوا : وليس كالغلة لأنها تجب بدلاً للمنفعة فتقدر بقدر الأصل ، وهذا لأن ما يقابل هذا الجزء من الثمن لايقابل الجزء الآخر إنما يقابل غيره فلم تجتمع العلتان في محل واحد بل كل[1] واحدة في محل على حده .] [2].

قالوا : وأما الثمار والأولاد فأشياء متولدة من الأصل فيكون بقدر الأصل ، فإن ثلث الشجرة لا يُولّد إلا ثلث الثمرة والثلثان يولّد ثلثين أخرين .

وأما الشرب فاستحقاقه بحاجة الأرض فيكون حق هذه الأرض غير حق الأرض الأخرى ، لأن الحاجة تختلف فالحق يختلف .

قالوا : وقولكم " انه حق الملك " .

قلنا : لانسلم انه حق الملك ، لأن محل الملك هو البقعة وهذا الشقص جزء من البقعة مثل الجزء الذي هو لصاحبه وإذا كان جزءاً من البقعة لايكون حقاً له بل هو حق المالك بعلة الشركة لدفع ضرر الدخيل ، فهذا سر المسألة .

قالوا : " **وأما قولكم هو مرفق** " .

قلنا : بلى هو مرفق لكن لا من حيث التولد من الأصل حكماً باعتبار ورود العقد عليه مثل الغلة ، ولا أيضاً يتولد من ذاته مثل الولد والثمرة ، بل هو مرفق الملك من حيث أن ملك الأصل علة وثبوت

---

(١) في المخطوط (كان) والتصويب من الاسرار .

(٢) ما بين القوسين نقلا من الاسرار : ١/١٧٤/أ (مراد ملا) .

حق التملك بالمبيع حكم له ثم الملك يتولد من الثمن الذي يعطيه ، وإذا صار مرفعاً من حيث حكم العلة لم تؤثر منه زيادة / العلة على ١٦١/أ ما بينا .

وإذا ازدحموا في محل واحد وتضايق المحل عنها استووا .

[قالوا : ولايلزم الغنيمة ، لأن القهر والاستيلاء فعل حسي في محلٍ ، والمصاب يتفاوت بتفاوت الإصابة ، ومعلوم أن إصابة الفرسان أكثر من اصابة الرجالة فهو كما لو رمى رجلان فأصاب احدهما رجلاً والآخر أصاب رجلين تفاوتا في الضمان لتفاوتهما في الجرح والمجروح .

وأما مسألتنا فالمحل هو المبيع قلّ أو كثر وكل نصيب وان قلّ فهو علة تامة في استحقاق كله ولايزداد المحل بإزدياد النصيب فهو كالجراحات في شخص واحد والمصاب منه هو الحياة ، وكل حرج علة تامة في إصابتها فلغت زيادة الجرح كذلك هاهنا يلغو زيادة النصيب ، ولأن عناء الراجل غير عناء الفارس فلم يشتركا في أصل العلة ، وهاهنا اشتركا في أصل العلة ، لأن أصل العلة هو الملك .] [1]

قالوا : ولايلزم إذا مات الرجل عن بنت وأخ وأخت حيث يتفاضلون في الإستحقاق وان كان كل واحد لو انفرد استحق جميع الباقي ، لأن في تلك المسألة ، قد اختلفت العصوبة لأن العصوبة بالبنت غير العصوبة بالأخ ، وعلة الإستحقاق العصوبة ، وقد جعل الشرع العصوبة بالبنت علة لاستحقاق الباقي ، وجعل العصوبة بالأخ علة لاستحقاق

---

(١) ما بين القوسين نقلاً من الأسرار : ١/١٧٤/ب (مراد ملا) .

نصف ما يستحقه الأخ فكان التفاوت للتفاوت في نفس العلة بخلاف مسألتنا على ما سبق .

قال أبو زيد : [1]

[نحن علّلنا لإلغاء علة تنضم الى علة بحكم واحد في إيجاب زيادة فالأخ ما استحق الزيادة بانضمام علة الى علةٍ فلم يكن من هذا الجنس .

قالوا : ولايلزم العبد إذا فقأ عين رجل خطأً وقتل آخر خطأً ودفع لهما حيث يكون أثلاثاً وان كان كل واحد يستحق الجميع عند الإنفراد ، لأنه يأخذه بدلاً عما فات بالجناية مقابلاً إياه فيتقدر بقدره عند المزاحمة بحكم المقابلة لا بزيادة علة ، ولأن القتل غير الجرح فلم يستويا في أصل العلة] [2] وقد ألزم المزني مسألة على أصل الشافعي رضي الله عنه وهو أن العبد لو كان لثلاثة نفر لاحدهم نصفه وللآخر ثلثه ولآخر سدسه اعتق صاحب الثلث والسدس نصيبهمايضمنان نصيب صاحب النصف على السوية ولايتفاوت الضمان بتفاوت مالهما من النصيب .

الجواب :

قولهم " **استووا في سبب الإستحقاق** " .

لانسلم ، وهل وقع النزاع إلاّ في هذا ؟ .

أما قولهم : " ان سبب استحقاق الشفعة أصل الملك لاقدر الملك " .

قلنا : قد بينا ان الشفعة حق الملك ، أو مرفق من مرافق الملك وإذا كان كذلك فلا يجوز أن يقال :انـــه يستحق بأصل الملك ويُعرض عن

---

(١) انظر الأسرار : ١/١٧٤/ب (مراد ملا) .

(٢) ما بين القوسين نقلاً من الاسرار : ١/١٧٤/ب (مراد ملا) .

القدر ولايعتبر بحالٍ .

وأما قولهم " ان صاحب القليل يأخذ جميع صاحب الكثير ولا يأخذ بقدر ملكه " .

قلنا : انما كان كذلك بعارض دليل : وهو ان الشفعة وجبت لدفع ضرر الدخيل ولايندفع إلاّ بأخذ الكل فثبت له أخذ الكل لأن الفائدة لاتحصل بدونه .

وأما في مسألتنا قد اندفع ضرر الدخيل بإيجاب الشفعة للشركاء وإنما الكلام في قسمة الشقص فيما بينهم فيرجع إلى ان الشفعة في نفسها حق الملك أو مرفق الملك فتكون القسمة بقدر الملك .

يبينه : انه لاشركة بين الشفيع والدخيل في الشفعة والتفاوت في القدر انما يظهر بين الشركاء في الشئ فعند القسمة يظهر التفاوت ، أما عند إيجاب أصل الحق فلا .

والحرف : ان ملك النصيب علة ثبوت الأخذ لكل المبيع بالوجه الذي بيّنا ، والتفاوت بين الشركاء غير ثابت بهذه العلة ، لكن بعلة أن المأخوذ مرفق ملكه فوجب التفاوت بينهم لحق المرفق لأنهم أصحاب الأصول الجالبة لهذه المرافق فكان المرفق بقدر الأصول إذا وقعت القسمة بين أصحاب الأصول .

والدليل على أن الواجب مرفق ملكه ان الرفق اسم للنفع ، وهذا الحق أحد ما ينتفع به بسبب ملكه ، ألا ترى أنه يكمل له الملك في البقعة فيكمل منافعه ومرافقه .

وهم يقولون : ان الشفيع لايأخذ المبيع من حيث انه حق ملكه أو مرفق ملكه شرعاً ، بل يصير بملكه القديم أحق من الدخيل بالمبيع فيكون

معنى قول القائل " حق ملكه " أيّ الحق له وهو كونه أحق به من الدخيل، وكذلك هذا هو المعنى بالمرفق فأما أن يكون حقاً أو مرفقاً مثل سائر الحقوق والمرافق فلا .

يبينه : أنكم سلمتم ان أصل الملك سبب لوجوب الشفعة في / **١٦١/ب** جميع المبيع عند الإنفراد وعند الإجتماع ، وقد وجد هذا السبب لكل واحد من الشركاء فقد استووا في السبب فعند المزاحمة يستوون أيضاً .

والدليل على أن الحق قد ثبت لكل واحد في جميع المبيع عند الإجتماع ان بعضهم لو ترك حقه يكون للباقين أن يأخذوا ، ولو ترك كلهم وبقى واحد فلذلك الواحد أن يأخذ جميع المبيع ، ونحن نقول ان الثابت حق الملك أو مرفق الملك .

قولهم : " **ان الثابت له كونه أحق بالمبيع من الدخيل** " .

قلنا : هذا هو حق الملك ، لأنه يأخذ بسببه ، ولأن الأخذ يثبت ملكه في المأخوذ ، والمأخوذ يصلح أن يكون حقاً أو مرفقاً فصار بملك الشقص حقاً لملكه وهو مرفق أيضاً ، لأنه اتمام ملكه في البقعة على ما سبق .

وقولهم : " **انه يثبت لكل واحد جميع الشفعة** " .

قلنا : نعم ، بتقدير الإنفراد ، فأما عند الإجتماع فحق كل واحد بقدر ملكه .

ونظيره : الفرسان مع الرّجالة يثبت لكل فريق الحق في جميع الغنيمة بتقدير الإنفراد ، ولهذا لو أعرض أحد الفريقين عن الغنيمة تكون جميعاً للفريق الآخر مثل مسألتنا سواء ، ومع ذلك عند الإجتماع ينظر إلى قدر العناء ، كذلك هاهنا عند الإنفراد يثبت الحق في الجميع ، وعند الإجتماع

يقسم على قدر الملك .

وخرج على ما قلنا مسألة الجراحة ، لأن الكلام في مرافق الملك وحقوقه ، وعلى أن الجراحة عملها في الباطن فلا يمكن الوقوف على مقادير أعمال الجراحات ، وربما يهلك بجراحة واحدة ويسلم مع جراحات كثيرة ، فأعرض الشرع عن عدد الجراحات واعتبر عدد الجارحين لهذا المعنى .

وأما هاهنا لاضرورة في الإعراض على مقادير الأملاك عند القسمة فلا يعرض .

وأما المسألة التي ألزمها المزني فقد منعوا .

وعلى أن الضمان وجب باعتبار الإتلاف فصار كالجناية المتلفة حقيقه من الجراحات .

وقد ذكرنا وجه الجواب عن ذلك ، والأولى هو المنع ، والمسألة في نهاية الإشكال وما ذكرنا هو الكلام بقدر الإمكان ، والله أعلم بالصواب .

((مسألة))

المشتري إذا بنى في الشقص المشفوع لم يكن للشفيع أن ينقضه مجاناً لكن يقال له إن شئت خذه بقيمته وان شئت فدع الشفعة .[1]

وعند أبي حنيفة ومحمد : ينقضه مجاناً .[2]

ولابد للمسألة من صورة معينة ، فإن عندنا لاتجب الشفعة إلاّ في البقعة المشتركة ، وأحد الشريكين اذا بنى في البقعة المشتركة فللشريك الآخر أن يمنعه من ذلك ، وان بنى ينقضه .

فصورة المسألة : أن يكون باع الشقص بثمن إلى أجل ورضى الشفيع أن يصبر إلى أن يحل الأجل ثم حينئذ يطالب بالشفعة فقبل أن يحل الأجل قاسم المشتري مع الشفيع ثم بنى .

وصورة ثانية: وهو أن يغيب أحد الشريكين ويوكل وكيلا بالقسمة ثم ان الشريك الحاضر باع نصيبه فقبل أن يصل الخبر إلى الغائب قاسم هو ووكيله مع المشتري وبنى المشتري ثم وصل الخبر إلى الغائب يطالب بالشفعة .

---

(١) النكت ورقه ١٧٨/أ ، الحاوي الكبير : ٢٦٧/٧ ، روضة الطالبين : ٩٤/٥ .

وهو رواية عن أبي يوسف ذكرها الطحاوي في المختصر ص ١٢٣ .

(٢) الأسرار : ١/١٧٥/أ (مراد ملا) ، مختصر الطحاوي ص ١٢٣

وقال الطحاوي : " وهو الصحيح عند أبي يوسف وبه نأخذ " أهـ .

مختصر القدوري : ٣٦٥/١ (مع الجوهرة) .

لنا :

ان المشتري بانٍ بحق فلا يُنقض بناؤه عليه مجاناً .

دليله : إذا لم يكن للشفعة شفيع ، وهذا لأن حق الحق أن يقر عليه فاعله ، وحق الباطل أن يتنقض على فاعله ودليل انه بانٍ بحق انه يبنى في ملكه الذي لاحق لأحد فيه سواه .

فإن قالوا : " للشفيع فيه حق " .

قلنا : للشفيع حق الأخذ وهو التملك فقبل أن يأخذ ويتملك لاحق له في المأخوذ ، ولهذا جاز له البناء ولا إثم عليه ، وكذلك يصح فيه كل تصرفاته من البيع والرهن والإجارة والهبة وغير ذلك ولو كان حق الشفيع ثابتاً في البقعة وجب أن لاتصح تصرفاته ، لأنه يكون متصرفاً في محل حق الغير فلا يجوز كالمالك إذا تصرف في البقعة المرهونة أو في البقعة المستأجرة .

وتحقيق المسألة : ان شرط أخذ الشفيع أن لايضر بالدخيل ، ألا ترى أنه لايأخذ المشتري إلاّ بالثمن الذي قام عليه ، وإذا قلنا انه ينقض عليه بناؤه اضررنا به ضرراً عظيماً فلم يجز له الأخذ إلاّ بشرط أن يغرم له قيمة بنائه ليكون أخذ الشفعة بشرطها .

يبينه : انه لو جاز ان ينقض عليه بناؤه مجاناً ليصل إلى الشقص فجاز أن يعرض عن نقد الثمن ويأخذ الشقص فلما لم يجز له نقض شرائه إلاّ بما قام عليه ، كذلك لايجوز نقض بنائه مجاناً ، والحرف ما بيّنا .

وأما حجتهم :

قالوا : تصرف من المشتري يؤدي إلى إبطال حق الشفيع فيجوز للشقيع أن ينقضه عليه مجاناً .

دليله : إذا باع الشقص أو وهبه / وهذا لأن المشتري ممنوع شرعاً ١٦٢/أ
عن كل تصرف يؤدي إلى ابطال حق الشفيع صيانة لحقه عن الفوات والبطلان وإنما قلنا ان "هذا تصرف يؤدي إلى إبطال حقه "، لأنه استحق أن يأخذ الشقص بالشفعة من المشتري بالثمن الذي سمّى في العقد بلا زيادة وهاهنا لايمكن أن يأخذ به إلاّ بعد أن يغرم قيمة البناء زيادة على الثمن .

والحرف : ان الشرع مكّنه من الوصول إلى الشقص بذلك القدر وقد فات الوصول لما بيّنا على مازعمتم .

قالوا : وأما الضرر الذي يلحق المشتري في نقص بنائه عليه مجاناً فهو شئ عمله بنفسه ، لأنه كان ينبغي أن يقدم على البناء على أصل صحيح ، وانما أقدم على البناء على أصل فاسد ، لأنه بنى على تقدير أنه لاتؤخذ البقعة من يده ، وهذا طمع كاذب ، وتقدير فاسد فيكون في الحقيقة هو الذي جرّ هذا الضرر الى نفسه فلا يبالي به ، وان اضطرب من ذلك يقال له : " يداك أوكتا وفوك نفخ " .

وأما الضرر الذي يلحق الشفيع ضرر يلحقه من قبل المشتري فيدفع عنه وذلك بنقص البناء عليه ، وهذا كما لو باع المشتري الشقص من آخر وربح ربحاً كثيراً، فإن للشفيع أن ينقض عقده وفي نقض عقده فوات ربحه عليه ، وكما أن في نقض بنائه عليه ضرر فإهلاك ربحه عليه وثمن ملكه ضرر ، ولكن فعل ذلك للحق الذي قدمناه .

وحرفهم : انه يتقابل ضرران ، وهذا الضرر الذي يلحق الشفيع أولى بالدفع لما بيّنا .

قالوا : ولا يلزم إذا كان المشتري زرع زرعاً حيث لايقلع عليه

زرعه لانا انما ننقض عليه بنائه ، لأنه لايصل إلى حقه إلاّ بنقض بنائه ، وهناك يصل إلى حقه بدون قلع زرعه بأن يصير إلى أن يدرك الزرع ويحصده ثم يأخذ الموضع بالشفعة .

الجواب :

قولهم : " **إنه تصرف يؤدي إلى إبطال حق الشفيع** " .

قلنا : لايؤدي ، لأن حقه أخذ الشقص بثمنه وهو باقٍ على ما كان ، لأنه لايأخذ الشقص إلاّ بثمنه .

وقولهم : " انه لايصل إلى الأخذ إلاّ بغرامة البناء " .

قلنا : بلى ، ولكن يملك البناء ولايعد منعاً ، كما انه لايصل إلى الشقص إلاّ بنقد الثمن ، ولكن قبل تملك الشقص المشفوع في مقابلته فلم يعد منعاً .

قالوا : ربما لايكون له رغبة في البناء ، وربما لايكون عنده قيمة البناء ، ثم قالوا : قد كان يأخذ الشقص قبل البناء بمال معلوم ، والآن بعد البناء لايمكنه أن يأخذ به فقد تحقق إبطال حقه بالبناء بخلاف أصل الأخذ أنه لايتصور ثبوت أصل الأخذ إلاّ بثمن الشقص وما استحق الشفعة في الإبتداء إلاّ كذلك .

الجواب :

إن إبطال أصل حقه بالبناء لايمكن اثباته ، ألا ترى أنه لو أراد أن يأخذ ويغرم قيمة البناء له ذلك ، وانما نهاية ما في الباب انه لايتمكن من الأخذ إلاّ بزيادة غرم فيكون هذا نوع ضرر يلحقه في الأخذ من غير أن يكون منع مَنْ أخذ وهذا الضرر وإن كان ضرراً ولكن يقابله ضرر آخر وهو الضرر الذي يلحق المشتري بنقض بنائه عليه مجاناً ، ونقض البناء

مجاناً معاملة الظلمة والمشتري مالك ، ولايجوز أن يعامل المالك معاملة الظلمة فهذا ضرر عظيم يقابل الضرر الذي صوّروه في جانب الشفيع فنقول دفع أعظم الضررين أولى ، والضرر الذي يلحق المشتري أعظم لأنه يُنقضُ عليه بناؤه ويهلك عليه حقه بلا عوض يجبره ، وأما الشفيع يملك مالاً بإزاء بدل يعدله ، وهو البناء الذي يدخل في ملكه ، ومثل هذا لايعد ضرراً في الشرع بدليل جواز أصل أخذ الشقص من المشتري ، وبدليل جواز تملك الأب جارية ابنه عليه بالإستيلاد فتحقق الضرر في جانب المشتري ولم يبق ضرر في جانب الشفيع معنى لما ذكرناه .

وقولهم : " **إنه هو الذي أضرّ بنفسه** " .

قلنا : لم يضر بنفسه .

وقولهم : " **انه بناء على تقدير فاسد** " .

قلنا : لم يبن على ذلك التقدير وإنما بنى على تقدير انه إن لم يتفق أخذ الشفيع يبقى له بناؤه وإذا أخذ يغرم له قيمته فيعود إلى رأس ماله ، وهذا مثل أصل الشراء فإنه لايقال ان المشتري اشترى على تقدير فاسد وهو أن لايأخذ الشفيع حقه ، لكن قيل اشترى على تقدير صحيح وهو انه إن لم يتفق أخذ الشفيع بقى له الشقص ولو أخذ يغرم له الثمن فيعود إلى رأس ماله .

والحرف : انه في الصورتين حصل فعله لغرض صحيح وَمَنْ فعل فعلا لغرض صحيح لا .... [1] ضاراً بنفسه .

---

(١) في المخطوط الكلمة مخرومة ولعلها " يكون " .

قال أبو زيد :[1]

" الترجيح معنا ، لأن المشتري قد رضي بعض الرضا لما بنى مع **/١٦٢/ب** علمه بأن للغير حق استحقاق الشفعة .

وأما الشفيع ما رضي به أصلاً فيكون ما قبله أولى ، لأنه رجحان في نفس الضرر .

وما قلتم رجحان في بدله ، وهذا كلام باطل ، ونحن نقول :

ان المشتري مارضي بالضرر أصلاً ، وقول القائل رضي بعض الرضا ، كلام مجازف ، بل كلام عاجز ، لأن الرضا لايتبعض ، وعلى الطريق الذي ذكرناه قد تبين لكل منصفٍ انه لم يوجد الرضا بوجهٍ ما .

وأما سائر التصرفات فانما ينقضها لأنها تضمنت إبطال أصل حقه وهو أصل أخذ الشقص من المشتـــــري بالثمن المسمى بخلاف مسألتنا على ما سبق فليس المعنى في نقض البيع الثاني دفع الضرر بدليل ان البيع الثاني لو كان بأقل من الثمن الأول نقض أيضاً ولا ضرر فيه بل فيه نفع ، ولكن المعنى ما بيّنا من قبل ، والله أعلم بالصواب .

---

(١) أي في الاسرار : ١/١٧٥/ب (مراد ملا) .

((مسألة المساقاة))

المعتمد في جواز المساقاة حديث عبيد الله [1] بن عمر عن نافع عن ابن عمر أن النبي ص " عامل أهل خيبر على شطر ما يخرج منها من ثمر وزرع .... "وهذا الخبر في الصحيحين ." [2]

وقد تواتر الأخبار أن النبي ص لما فتح خيبر وغلب على الأرض والزرع والنخل طلب منه أهل خيبر أن يتركهم عليها يقومون عليها ويصلحونها فاعطاهم خيبر على ان لهم الشطر من كل ما يخرج من الأرض من ثمر وزرع .

قال الشافعي رضي الله عنه : أجاز رسول الله ص المساقاة وأجزناها بإجازته ، وحرّم كراء الأرض البيضاء ببعض ما يخرج منها فحرّمناها بتحريمه " . [3]

وأراد بهذا خبر رافع بن خديج ان النبي ص نهى عن المخابرة [4].

---

(١) في المخطوط (عبد الله) والتصويب من صحيح البخاري ، وسنن أبي داود .

(٢) رواه البخاري في صحيحه : ١٠/٥ مع الفتح ، باب المزارعة بالشطر ونحوه .
ومسلم في صحيحه : ٢٠٨/١٠ مع النووي ، كتاب المساقاة والمزارعة .
وأبو داود في سننه : ٦٩٦/٣ ، ٦٩٧ ، مع المعالم ، باب في المساقاة .
والدارمي في سننه : ٢٧٠/٢ ، باب ان النبي ص عامل أهل خيبر .

(٣) قاله في الأم : ٢٣٨/٣ .

(٤) المخابرة : المزارعة قاله الخطابي في المعالم : ٦٩٤/٣ .
والحديث رواه : أبو داود في سننه : ٦٩١/٣ (عن سعيد بن المسيب عن رافع ابن خديج .) ورواه النسائي في سننه (مسنداً ومرسلاً) .

وعن ابن عمر انه قال : كنا نخابر كذا وكذا عاماً ولا نرى بذلك بأساً حتى أخبرنا رافع بن خديج ان النبي ص نهى عنها فتركناهالنهي رسول الله ص عنها .[1]

وأجاز الشافعي رحمه الله : العقد على الأرض البيضاء بين آضعاف النخيل قال : ولولا الخبر فيه عن رسول الله انه دفع إلى أهل خيبر النخيل على ان لهم النصف من النخيل والزرع وله النصف لم أجوّز فكان الزرع بين ظهراني النخيل .[2]

وقولهم " **ان في الخبر تأويلات** " .

بعيدة ضعيفة ذكرناها في كتاب البرهان ، وذكرنا وجوه بطلانها ، وليس للقياس مجال في المسألة ، وانما جوزناها بالسنة المحضية ولولاها لم نجوّزها .

وقد ثبت أيضاً ان عبد الله بن رواحة كان يأتيهم فيخرصها عليهم ثم يضمنهم الشطر فشكوا إلى رسول الله ص شدة خرصه وأرادوا أن يرشوه فقال : يا أعداء الله أتطعمونني السحت ؟، والله لقد جئتكم من عند أحب الناس إليّ ولأنتم أبغض اليّ من عدلكم[3] القردة والخنازير

---

(١) رواه البيهقي في سننه : ١٢٨/٦ ، باب ما جاء في النهي عن المخابرة والمزارعة

والبغوي في شرح السنة : ٢٥٧/٨ .

ومسلم في صحيحه بمعناه : ٢٠١/١٠ ، ٢٠٢ .

(٢) نص عليه في الأم : ٢٣٨/٣ .

(٣) هذه الكلمة ليست في الأموال لأبي عبيد .

ولايحملني بغضي إياكم وحبي إياه على أن لا أعدل بينكم فإن شئتم لي وإن شئتم فلكم فقالوا : بهذا قامت السموات والأرضون .[1]

وقد فرق بعض الأصحاب من حيث المعنى بين المساقاة والمزارعة[1] ، وليس يتضح .

والمسألة خبرية ، والله أعلم بالصواب .

---

(١) رواه أبو عبيد في الأموال ص ٥١٥ .
ورواه أحمد بلفظ قريباً من هذا : ٣٦٧/٣ .
ومالك في الموطأ ، مع المنتقى : ١١٨/٥ ، باب ما جاء في المساقاة .

مسألة :

تملك الأجرة بنفس العقد عندنا .[1]

وعندهم : لاتملك إلاّ باستيفاء المنفعة أو بشرط التعجيل أو بنفس التعجيل .[2]

لنا :

إنه عوض في بيع فيملك بنفس العقد .

دليله : الثمن ، وهذا لأن الإجارة بيع المنفعة والأجرة عوضها مثل الثمن عوض عن المبيع في بيع الأعيان فلما ملك الثمن بنفس البيع وجب أن تملك الأجرة ، ولأنها تملك بشرط التعجيل ونفس التعجيل ونفس العقد أدل على ملك العوض من شرط التعجيل ، فإذا ملك بشرط التعجيل فلئن يملك بنفس العقد أولى .

يبينه : ان العوض إذا لم يملك بنفس العقد لم يملك وان شرط ملكه ، ألا ترى أن الثمن في البيع بشرط الخيار لما لم يملك بنفس البيع لم يملك وان شرط ملكه ، ولأن الكفالة بالإجرة جائزة ، وكذلك الرهن **/١٦٣/أ** والإبراء والشراء بها ، وهذه الأحكام دالة على الوجوب ، لأنه لاتتصور

---

(١) الأم : ٢٥١/٣ ، مختصر المزي مع الحاوي : ٣٩٥/٧ ، المهذب : ٥١٦/١ ، ٥١٧ ، النكت ورقه ١٦٥/ب ، الحاوي الكبير : ٣٩٥/٧ .

(٢) الأسرار : ١٣٥/٢/ب (مراد ملا) ، مختصر القدوري : ٣٣٤/١ (مع الجوهرة) ، مختصر الطحاوي ص ١٢٨ ، إيثار الإنصاف ص ٣٣٤ .

صحتها إلاّ في عوض واجب .

وأما حقيقة المسألة : فهي أن المنافع جعلت بمنزلة الأعيان الموجودة حكماً بدليل جواز العقد عليها ، والعقد لايجوز إلاّ على موجود مملوك ، وإذا جعلت كذلك بعقد الإجارة فيملك مايقابلها من الأجرة .

والدليل على أنها جعلت بمنزلة الأعيان القائمة حكماً انه يصح تسميتها صداقاً ، والصداق لايصح إلاّ بمالٍ بدليل قوله تعالى (**أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ**) .[1]

فإذا صلحت المنافع صداقاً ، دل أنها جعلت كالأموال الموجودة القائمة حكماً ، لأن المال المعدوم لايصح جعله صداقاً .

وأما حجتهم :

قالوا : الإجارة عقد معاوضة مطلقة فتقتضي تساوي العوضين في الملك كسائر المعاوضات ، وهذا لأن عقد المعاوضة ملك بملك وتسليم بتسليم فإذا أفاد الملك في أحد العوضين أفاد في الثاني وإذا لم يفد في أحدهما لم يفد في الآخر.

يدل عليه : ان العقد في كلا العوضين على وجه واحد وقد نُزّلا منزلة واحدة فقضيتُه عند الإطلاق : إما إفادة الملكفيهما ، أو منع الملك فيهما .

وإذا ثبت هذا الأصل فنقول :

" المنفعة غير مملوكة للمستأجر بنفس العقد فلا يملك عليه الأجرة وإنما قلنا انها غير مملوكة " ، لأنها معدومة والملك من صفات الموجود .

يبينه : ان المعدوم ليس بشئ فكيف يوصف بالملك ؟ ولأن الملك صفة

(١) سورة النساء آية (٢٤) .

ولابد للصفة من موصوف ، ودليل العدم ان معنى المنافع في المحل لايمكن العبارة عنها إلاّ بصلاحية المحل للإنتفاع به ونفس وجود المنافع بمباشرة الإنتفاع ولايتصور مباشرة الإنتفاع لمدة سنة في ساعة واحدة فلم يتصور وجود منافع سنة في ساعة واحدة أيضاً ، ولأن المنافع لو كانت موجودة قائمة في الدار وجب أن يجوز العقد عليها مطلقاً وحين لم يجز العقد إلاّ مؤقتاً دل إنه إنما لم يجز إلاّ مؤقتاً ليكون المنافع المعقودة عليها معلومة .

ويدل عليه : ان الثوب المغصوب لو استهلك أو الدار المغصوبة لو هدمت لايضمن منافعها إلاّ للمدة التي كانت في يده ولو كانت جميع منافعها التي تصلح لها موجودة في الدار وجب أن يضمن جميعها ، لأنها كانت موجودة في الدار فأتلفت .

قالوا : ولايجوز أن يقال : إن المعقود عليه عين الدار ، لأن المعقود عليه ما يستحق بالعقد ، وما يستحق بالعقد هي المنافع ، ولأنه لو فسد العقد يرجع إلى قيمة المنفعة لا إلى قيمة العين والواجب عند فساد العقد قيمة المعقود عليه .

قالوا : ولأن الشافعي نص على أن عقد الإجارة بيع للمنفعة .

قالوا : ولايجوز أن يقال : إن المنافع جعلت بمنزلة بيع دين من الذمة ، لأن بيع الدين غير بيع المنفعة ، كما انه غير بيع العين .

وقد قالوا : إن البياعات ثلاثة : بيع عين ، وبيع منفعة ، وبيع دين . وكل عقد من ذلك غير صاحبه ، ولأنه لو استأجر بأجرة مؤجلة في الذمة يجوز ولو كانت المنافع بمنزلة الدين لم يجز ، لأنه يكون بيع دين بدين ، وهذا لايجوز ، فثبت أن المعقود عليه المنافع ، وأنها

معدومة تؤخذ بمباشرة الإنتفاع فلا تكون مملوكة قبل الوجود ، وإذا لم يملك لايملك ما يقابلها .

قالوا : وأما جواز العقد عليها ، فليس يدل على أنها جعلت بمنزلة الموجودة بدليل الثمار والأولاد في الوصايا والنصف المشروط للعامل في المساقاة، والربح المسمى للعامل في القراض .

فإن قلتم : إن شرط عقد البيع أن يَردَ على مملوكٍ موجودٍ .

نقول : إنما شرط هذا ليجد العقد محل الإضافة فتقام العين مقام المنفعة في محلية الإضافة ، لأن العين سبب وجود المنفعة وإقامة السبب مقام المسبب أصل معمول به كمسألة الوصية ومسألة المساقاة التي بينّا . وكذلك السفر مقام المشقة في جواز القصر ، والبلوغ عن عقلٍ يقام مقام اعتدال العقل في توجه التكليف ، والنكاح يقام مقام الوطء عندنا : بمجرده. وعندكم : مع الإمكان .

وكذلك استحداث الملك يقوم اشتغال الرحم في إيجاب الإستبراء .

قالوا : وهذا أولى مما قلتم من جعل المنافع المعدومة موجودة ، لأن ذلك قلب الحقيقة ، والذي قلنا نقل الزرع من محل إلى محل وهذا أسهل ونظائره أكثر فكان أولى ، ولأنا إذا جعلناها موجودة / ١٦٣/ب حكماً ، فلا يتصور بقائها بعد الوجود حتى ينعقد عليها فإن زمان وجود المنفعة لايسع للعقد ، لأنها حين وجدت تلاشت ، ولأنه إنما يقدر وجود الشئ حكماً إذا تصوّر وجوده حقيقة ، ولايتصور وجود جملة المنافع حقيقة فكيف يصورّ حكماً ؟ .

قالوا : وأما الإقامة التي قلناها فهي في حق الإضافة فحسب ، لأنه لابد من وجود محل الإضافة عند العقد فأما محل حكم العقد هو

المنافع على ما هو الأصل ويتأخر الحكم إلى حين وجودها وتأخير حكم العقد بعارض دليلٍ جائز ، بدليل مسألة البيع بشرط الخيار وبدليل البيع بثمن مؤجل ، فإنه يتأخر الملك في الصورة الأولى ، والطلب في الصورة الثانية .

فإن قلتم : إن محل العقد ماذا ؟ فنقول: محل العقد كلام المتعاقدين ، لأن العقد هو : الإيجاب والقبول ، وذلك كلامهما .

على أنا نقول : إن محل العقد فيما يرجع إلى الإضافة هو الدار وفيما يرجع إلى الحكم هو المنافع التي توجد من بعد ، وكذلك المعقود عليه .

قالوا : وأما الإنعقاد فهو حاصل في حق المتعاقدين ، وأما في حق المحل فلا ، وإنما العقد فيما يرجع إلى المحل بمنزلة العقد المضاف إلى زمان وجود المنفعة ، فإذا وجدت المنفعة فينعقد العقد حينئذ في حق المحل ويثبت الملك .

قالوا : وعندنا : يجوز عقد الإجارة مضافاً إلى زمان في المستقبل للضرورة الملجئة إلى تجويز ذلك ، وهذا لأن قضية العقد المطلق لما كان كذلك فبالتنصيص عليه لايبطله ، فهذا الذي قلناه نهاية ما يمكن لكلامهم من الشرح والإيضاح والإفهام .

قالوا : وليس كما لو شرط تعجيل الأجرة ، لأنا نقول : قد انعقد سبب ملك المنفعة والأجرة فيما بين المتعاقدين في الحال ، وإنما لاتملك المنفعة لا لعدم المسبب بل لعدم المنفعة في نفسها ، والأجرة تجب بدلاً عن المنفعة ، والعقد عقد معاوضةٍ ومساواة فإذا لم يملك أحد العوضين لايملك الآخر تحقيقاً للمساواة ، فمتى عجل الآخر أو شرط التعجيل فقد رضي بفوات المساواة ، وقد وجد السبب فملكت الأجرة ، لأن المنافع من ملكها

زالت ، وهذا كالبائع له جنس المبيع لإستيفاء الثمن ، لأن ملك المشترى تعيّن في المبيع فكان له جنس المبيع حتى يتعيّن ملك البائع في الثمن ، فمتى أجّل وسلم المبيع فقد رضى بفوات حقه فصح رضاه ويؤمر بتسليم المبيع كذلك هاهنا .

قالوا : وهذا بخلاف الإجارة المضافة إلى وقتٍ في المستقبل حيث لايملك بالتعجيل وشرط التعجيل ، لأن هناك لم ينعقد سبب الملك في المنفعة في حق المتعاقدين في الحال .

وأما هاهنا فقد انعقد السبب بين المتعاقدين في الحال ، وإنما تأخر في حق المحل .

قالوا : ولهذا جوّزنا الكفالة والرهن بالأجرة ، لوجود سبب ملك المنفعة والاجرة تجب بدلاً عنها وقدوجد سبب ملك الأجرة فصحت الكفالة بها ، وكذلك الرهن لسرعة نفوذهما ومعنى الرهن عندنا ليس إلا أن العين تكون مضمونة بالأجرة وقد صح الرهن دون هذا ، ألا ترى أنه إذا دفع إلى إنسان عيناً وقال : أقرضني عشرة دراهم وتكون هذه رهناً عندك فأخذها وهلكت العين قبل الإقراض فإنها تكون مضمونة عليه وإن لم يوجد السبب ، وهاهنا وجد السبب فلأن تكون مضمونة أولى ، وكذلك الإبراء جائز لوجود السبب .

وأما الشراء بالأجرة فعندنا : إنما يكون الشراء بمنزلة ما يسمى من الأجرة لا بالأجرة ، ثم إذا وجدت الأجرة يصير الواجب بالشراء قصاصاً .

قالوا : وأما فصل النكاح فنقول : إنما صح جعل المنافع صداقاً لأنا نقول : هي مال ، والمعتبر عندنا في الصداق تسمية المال ، فأما كونه مالاً في الحال فلا يعتبر فصحت التسمية وتصير مالاً عند الوجود .

قالوا : وأما إذا تزوّج امرأة على سكنى دار شهراً فإنما ملك الزوج البضع ولم تملك هي المنفعة في الحال ، لأن ملك البضع لايحتمل التأخير بحالٍ ، ونحن إنما ادّعينا التسوية تأخيراً فيما يحتمل التأخير ، فأما الذي لايحتمل تأخير ملكه فلا يتصور تأخيره بتأخير العوض الذي يقابله ، وأيضاً فانا ادّعينا ما ذكرنا في عوضين أصليّن في العقد .

وأما المهر فمحض تبع والبضع أصل فيجوز أن لايطلب التسوية بينهما.

وقد استدل كثير من مشايخهم في أن المنافع لاتصير مسلمة بتسليم الدار : بدليل أن الدار لو انهدمت في يد المستأجر يكون من ضمان الآجر ولو صارت مسلمة إليه لكانت من ضمان المستأجر ، فإذا لم تصر المنافع مسلمة لم يجب / تسليم الآجرة التي تقابلها . ١٦٤/أ

قالوا : وأما التصرف فإنما جاز بحكم الضرورة ، لأنه لايتصور أن ينتظر حتى توجد المنفعة ثم يعقد عليها ، فإذا صارت المنفعة بحيث إذا وجدت وحدثت في ملكه ويده صح تصرفه فيها .

قالوا : وأمّا إذا تزوّج امرأة على سكنى دار سنة فلا نقول ان تسليم نفسها يجب عليها بقبض الدار على قول بعض أصحابنا : بل ما لم يستوف جميع المنافع لايجب عليها التسليم . وان سلمنا انه يجب عليها تسليم نفسها فلأنها لما رضيت بما يتأخر وجوده إلى سنة جميعه فقد رضيت بوجوب تسليم النفس عليها وتأخر حقها ، فهذا مجموع كلامهم في المسألة .

الجواب :

أما الأول يقال لهم : بطريق المجادلة لِمَ قلتم يجب التسوية بين

العوضين ملكاً بملكٍ ؟ .

فإن قالوا : كالبيع ، يقال لهم : لِمَ قلتم إذا وجبت التسوية ملكاً بملكٍ عند تساوي البدلين وجوداً وجبت التسوية ملكاً عند إختلاف البدلين وجوداً وعدماً ، وإذا جاز في الشرع أن يكون أحد العوضين بوصف الوجود والآخر بوصف العدم فيجوز أيضاً أن يكون أحد العوضين بوصف الملك والآخر لابوصف الملك ، وهذا كلام في غاية الحسن جدلاً ، وقد دخل على معتمدهم من إثبات التسوية .

فأما الجواب الفقهي :

فنقول : المنفعة مملوكة ، لأنها جعلت بمنزلة الأعيان الموجودة حكماً بدليل جواز العقد ، وهذا كالنطفة في الرحم جعلت بمنزلة الشخص الحي شرعاً بدليل الإرث والوصية له .

والمرتد بعد دخوله دار الحرب جعل بمنزلة الميت على أصولهم حتى تقسم أمواله إرثاً وتعتق أمهاته أولاده ، ومدبّروه ، وهذا لأن المنافع لما كانت بعرضية الوجود جعلت بمنزلة الموجود بإعتبار العرضية كالنطفة والمرتد .

وأعلم أنا لانجعل المنافع كأنها بنفسها موجودة ، لأنها لاتقبل البقاء لكن نجعلها بمنزلة الأعيان الموجودة حكماً ، ونظير هذا من أصلهم منافع البضع جعلت بمنزلة الأجزاء حكماً على ما ذكروا في كتاب النكاح ، وعلى هذا سقط قولهم « انه إنما يقدر حكماً ما يتصوّر وجوده حقيقة » .

وعلى أن النطفة حال كونها نطفة جعلت بمنزلة شخص حي ولايتصور ، وكذلك المرتد في حال حياته ، وكذلك قالوا : بقدر الإعلاق من المغربي في حق المشرقية والمشرقي في حق المغربية والتصور مفقود ، وهذا لأن الحكميات لها من سعة المجال مالايعتبر فيها ما قالوه .

وأما قولهم : " **ان ما قلتم قلب الحقيقة** " .

قلنا : هو جائز حكماً بدليل يقوم عليه كالنظائر التي قدمناها .

وأما قولهم : " ان العقد إنما جاز بإقامة الدار التي هي سبب المنافع مقام المنافع » .

قلنا : إذا أقيم الدار مقام المنافع في محلية العقد فأقيموها مقامها في محليّة الحكم حتى تملك ، لأن محل العقد ومحل حكم العقد واحد لاتختلف بحالٍ .

وقولهم : " **إن محل العقد كلام المتعاقدين** " .

قلنا : هذا محال لما بينا ان محل العقد ما يظهر فيه حكم العقد وحكم العقد هو الملك ، وإنما يظهر في العين ، وهذا لأن العاقدين فاعلا العقد ، فأما المعقود عليه هو العين فإن العقد معنىً متعدٍ فيتعدى إلى العين ، إلا ترى انه إذا ظهر التعدي يقول " عقدتُ العقد على كذا من ثوب أو دارٍ "، وهاهنا إذا ظهر التعدي يقول "عقدتُ على المنفعة " .

وإذا ثبت أن المعقود عليه هو المنفعة فصارت محل العقد قطعاً فلابد من وجودها حسّاً أو تقدير وجودها حكماً ، ولا وجود حسّاً فتقدر الوجود حكماً ليتصوّر بهذا العقد محل يرد عليه .

وأما الذي قالوا : " وجد العقد في حق المتعاقدين لا في حق المحل " .

قلنا : لايتصوّر انفصال العقد في حق المتعاقدين عن وجود محل العقد بحيلةٍ ما ، وأيضاً إذا انفصل فلماذا قلتم انا نقيم الدار مقام المنافع ولأيّ شيءٍ يحتاج العقد إلى هذه الإقامة إذا كان الأمر على مازعمتم ؟ ، ولأن العقد لايراد لعينه وإنما يراد لحكمه ، فكيف ينفصل العقد المعقود لحكمه على محل يظهر فيه .

وأما قولهم " **إن تأخر الحكم جائز** » .

قلنا : لانسلم ، بل عندنا لايتصوّر تأخر الحكم عن عقد البياعات بحالٍ ، لأن العقد علة الحكم ، فإذا وجدت لايتصوّر تأخر الحكم عنها كسائر العلل لايتأخر معلولاتها عنها بحال ، فإن العلة في المحل ما يوجب تغيّر المحل كالعلة الحسيّة من المرض فإذا لم يوجد تغير لاتكون / علة . **١٦٤/ب**

ومسألة البيع بشرط الخيار على أصلهم ، وعندنا : هو موجب الملك من غير تأخير .

وأما مسألة تأجيل الثمن فليس يدخل على ما قلنا ، لأن الطلب ليس بموجب العقد ، إنما موجب العقد استحقاق الثمن ملكاً ولم يتأخر ، وأما الطلب فتأتي الملك ، وعلى أنه وان سُلّم لهم جواز تأخر الحكم فلا ينفعهم في هذه المسألة ، لأن الكلام في محل الحكم وهوالمعقود عليه ولايتصوّر تأخره على ما سبق .

وأما المسائل التي أوردوها من الوصية والقراض والمساقاة فيجوز أن يقال هناك أيضاً تجعل تلك الأشياء المعدومة بمنزلة الموجودة حكماً ، وعلى أن الوصية تقبل من الحظر والغرر مالايقبله غيره على ما عرف ولايقاس عليها المعاوضات .

وأما عقد المساقاة فإنما جوّزنا بالنص على ما عرف ، ولامجال للقياس فيه .

وأما أعذارهم عن المسائل الإلزامية فكلها ضعيفة ولايشتغل ببيان ضعفها لإستغنائنا عنها بما ذكرنا من التحقيق .

وَمَنْ اعتمد على الأحكام ففصل شرط التعجيل معتمد .

وكذلك مسألة نكاح المرأة على سكنى الدار في إبطال التسوية التي بنوا كلامهم عليها .

وحرف الإشكال عليهم في مسألة شرط التعجيل : ان اطلاق العقد في إثبات موجب العقد أبلغ من شرط التعجيل ، وحقيقة شرط التعجيل : إظهار قضية العقد .

وقولهم " انه رضى بفوات التسوية " .

قلنا : فقولوا بنفس عقده على منفعة معدومة بإيجابه أجرة موجودة رضى بفوات التسوية .

وأما عذرهم عن النكاح من قولهم " ان منافع البضع لاتقبل التأخير " .

قلنا : فاعطفوا على الجانب الثاني وامنعوا إثبات الصداق إلاّ بما لايتأخر الملك فيه حتى تثبت التسوية من هذا الوجه ان تعذر من ذلك الوجه .

وقولهم " **إن الصداق تبع** " .

قلنا : هذا مذهبنا ، فأما عندكم هو أصل والإلزام على مذهبكم .

وقولهم : " **إنه لايصير قابضاً للمنافع بقبض الدار** " .

قلنا : إذا ثبت أن المنافع جعلت بمنزلة الأعيان القائمة ثبت قبضها بقبض الدار .

وأما مسألة انهدام الدار فإنما كانت المنافع من ضمان البائع ، لأنها وإن جعلت موجودة حكماً لكنها معدومة حسّاً ، فظهر حكم العقد من حيث الحسّ في امر الضمان ، وهذا كما قالوا : فيمن اشترى عبداً حلال الدم وقتل في يد المشتري يكون من ضمان البائع وإن كان قد قبضه حقيقة ، ولكن لما كان مستحق الهلاك وهو بمنزلة الهالك حكماً ظهر أثر ذلك في

أمر الضمان خاصة لا في غيره ، وعلى أنا إنما جعلنا المنافع بمنزلة الأعيان الموجودة باعتبار عرضية وجودها ، وإذا انهدمت الدار التي عرضية الوجود ، لأنها لاتوجد بعد ، فبطل هذا التقدير الحكمي واعتبر أصل العدم ، وهذا كالنطفة جعلت كالشخص الحي باعتبار عرضية الحياة، فلو عرض سقوط النطفة من الرحم أو خرج الولد ميتاً يبطل الإرث والوصية واعتبر أصل العدم ، كذلك هاهنا .

وهذا جواب معتمد ، وعلى هذا القول يبطل العقد من أصله .

والله تعالى أعلم .

(مسألة)

إذا مات أحد المتكاريين لم يبطل العقد عندنا .[1]

وعندهم : يبطل .[2]

والمسألة مبنية على المعنى الذي ذكرنا في المسألة المتقدمة في المذهبين .

أما عندنا : فلأنا بينا ان المنافع جعلت بمنزلة الأعيان الموجودة حكماً فجرى فيها الإرث بمنزلة الأعيان .

ويقال : ما يقبل نقل الملك عقداً يقبل نقل الملك إرثاً .

دليله : العين .

وأما هم يقولون :

ان العقد غير منعقد في حق المنفعة وإنما ينعقد عند حدوث المنافع شيئاً فشيئاً وان مات المؤاجر فالعقد لم ينعقد في حق المنفعة التي تحدث في المستقبل ، وقد صارت العين مملوكة للوارث فتصير المنفعة أيضاً مملوكة له ولم يوجد العقد من الوارث فبطل عقد الإجارة ، وان مات المستأجر فالمنفعة لم تصر مملوكة ، لأن المنفعة إنما تصير مملوكة بناء على العقد ولم ينعقد العقد عليها فكيف تصير مملوكة ؟ وإذا لم تصر

---

(١) مختصر المزني : ٨١/٣ (مع الأم) ، الأم : ٢٥٥/٣ ، المهذب : ٥٣٣/١ ، النكت ورقه ١٦٦/أ ، الحاوي الكبير : ٤٠٠/٧ ، ٤٠٨ ، روضة الطالبين : ٢٤٥/٥. وهو قول مالك وأحمد ، واسحاق ، انظر : الإشراف للبغدادي : ٦٦/٢، المغني : ٤٣/٨ ، الحاوي الكبير : ٤٠٠/٧ .

(٢) الأسرار : ١٤٦/٢/ب (مراد ملا) ، مختصر الطحاوي ص ١٣١ ، مختصر القدور (مع الجوهرة) : ٣٥٣/١ .

مملوكـة له لاتتنقل إلى الورثة وقـد أجـبنا عن هذا وابطلنا الأصل الذي قالوه ، وإذا بطل الأصل بطـل ما يتفرع عنه .

وقد أورد بعض مشايخهم مسألة على طريق الإلزام ، وهي : أن مَنْ أوصى بالجارية لإنسان برقبة عبده وأوصى لآخر بخدمته ثم رد الموصى له بالخدمة الوصية تكون الخدمة لصاحب الرقبة دون ورثة المُوصى ، ولو كانت المنفعة تورث بانفرادها لكانت لورثة المُوصى ، كما إذا أوصى بالجارية لإنسان وحملها لآخر ثم رد الموصَى له بالحمل الوصية فإن الحمل / يكون لورثة الموصي، وهذه المسألة قد منعها بعض أصحابنا **١٦٥/أ** وعلى انه ليس فيها دليل على أن المنفعة لاتورث بانفرادها وقال أصحابنا : إن الموصى له بالخدمة لو مات انتقلت الخدمة المستحقة إلى مورثه .

وأما هذه المسألة التي صوّرها فالوصية ايجاب الملك بعد الموت واضافتها إلى زمان في المستقبل جائز ، فإذا رد الموصَى له الوصية ارتدت وصار العقد كالعدم، فتكون المنفعة لصاحب الرقبة تبعاً .

وأما عقد الإجارة فهو عقد معاوضة لايقبل الغرور ولا الخطر وفي اضافته إلى الزمان في المستقبل غرر وخطر فيجوز أن لاتبقى العين إلى أن يوجد الوقت فلابد من جعل المنافع بمنزلة الأعيان الموجودة ليصح العقد وإذا جعلت كذلك ثبت الإرث .

فأما في الحمل فهو عين قائمة في الحال ، وقد صح الإيجاب فيها من غير اعتبار الإضافة ، فإذا رد الموصَى له الوصية ارتدت إلى المُوصى فتكون لورثته .

وعلى المنع يقع الخلاص الكافي ، والله تعالى أعلم .

(مسألة)

إجارة المشاع جائزة عندنا سواء كان من الشريك أو من الأجنبي .[1]

وعند أبي حنيفة : يجوز مع الشريك ولايجوز مع الأجنبي .[2]

لنا :

إن الإجارة بيع المنافع وبيع المنافع جائز بدليل بيع العين ، وهذا لأن المشاع له منفعة ، لأنه جزء من الجملة فإذا كانت الجملة ذات منفعة فيكون اجزؤها ذات منفعة ، ولانهم قالوا : لو أجر نصف دار من إنسان وسكنها المستأجر تجب عليها الأجرة ووجوب الأجرة كان لانعقاد العقد وإن كان على الفساد ، وانعقادالعقد في المحل دليل وجود المنفعة للمحل ، لأنه لايتصور أن لايكون المحل منفعة وينعقد عليه عقد بيع المنفعة .

وإذا ثبت أن للمشاع منفعة وتسليمه ممكن بتسليم الدار إليه صار كما انه يبيع منه نصف داره وتسلم جميع داره اليه فيكون قد جعل تسليم المبيع إليه ، فكذلك لو أجر منه نصف داره ويسلم جميع داره إليه فيكون قد جعل تسليم ما أجر منه إليه ، وهذا لأن تسليم كل شئ على حسب ما

---

(١) النكت ورقة ١٦٧/ب ، المهذب : ٥١٨/١ ، الحاوي الكبير : ٤٤٥/٧
ويه قال الصاحبان (محمد وأبو يوسف) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٣١ ، مختصر القدوري : ٣٤٨/١ (مع الجوهرة) ، إيثار الإنصاف ص ٣٣٤ .

(٢) الأسرار : ٢/١٤٠/ب (مراد ملا) مختصر الطحاوي ص ١٣١ ، وقال الطحاوي : " وبه نأخذ " .
مختصر القدوري : ٣٤٨/١ (مع الجوهرة) ، إيثار الانصاف ص ٣٣٤ .

يليق به ويمكن فيه عادة .

وقد ذكرنا هذا من قبل فتسليم الدار المشاعة بتسليم جميع الدار إليه ثم القسمة تكون بالمهايأة على ما سنبين ، فتبين بما قلنا ان المشاع له منفعة وان التسليم فيه ممكن فأشبه المفرز من هذا الوجه ، فوجب أن يجوز عليه عقد الإجارة كالمفرز سواء .

ويدل عليه : انه لو أجر داره من رجلين يجوز ، وهو في الحقيقة عاقد عقد الإجارة مع كل واحد منهما في المشاع ومع ذلك جاز فكذلك عند إفراد أحدهما بالعقد وجب أن يجوز أيضاً .

وأما حجتهم :

قالوا : آجر منه ما لا يمكن تسليمه إليه فوجب أن لايجوز ، كما لو آجر عبداً آبقاً أو داراً مغصوبة ، وإنما قلنا ذلك لأن تسليم المنافع بإستيفائها بدليل انه لو سلم إليه الدار فانهدمت قبل استيفائه منافعها كانت المنافع من ضمان الآجر حتى تسقط الأجرة من المستأجر ، ولو حصل تسليم المنافع بتسليمه الدار لكانت من ضمان المستأجر .

وإذا ثبت ان تسليم المنافع تكون باستيفائها فالمنافع من المشاع غير متصور ، لأن سكنى نصف الدار مشاعاً وليس نصف الثوب مشاعاً أو ركوب نصف الدابة مشاعاً غير معقول .

قالوا : وأمّا في البيع فيوجد تسليم المشاع بالتخلية بينه وبين الدار فثبت القبض في النصف المبيع حكماً من غير أن يتعدى إلى النصف الثاني ، ولهذا لو استحقت الدار بعد أن خلّى بينه وبينها فقد انهدم البيان لايكون للمستحق تضمين المشتري ما انهدم في النصف الذي لم يتناوله البيع فقد تحقق مما قلنا ان القبض حكماً ثبت في المشاع فجاز

بيعه لهذا .

وأما المنافع فلا يوجد قبضها إلاّ باستيفاء المنافع محسوساً بدليل ما بينا وهو غير متصور في المشاع .

قالوا : ولايجوز أن يقال : ان استيفا منافع المشاع يمكن بالمهايأة لأن المهايأة قسمة المنافع ، وقسمة المنافع لايكون إلاّ بعد **/١٦٥/ب** ملكها وملكها بالعقد وشرط العقد قد انعدم وهو القدرة على التسليم في المعقود عليه .

وحرفهم : ان القدرة على تسليم المعقود عليه شرط يعتبر اقترانه بالعقد ليصح العقد فيما يوجد من القدرة لمعنى بعد العقد بدرجة أو درجتين لايعمل في تصحيح العقد ولاينوب عن هذا الشرط .

قالوا : وليس كما لو آجر من رجلين ابتداءً ، لأن ابتداء العقد تناول جميع الدار فإن عندنا العقد من رجلين والعقد من رجل في محل العقد بمنزلة واحدة ، وإذا تناول العقد جميع الدار وتسليمها ممكن وتسليم منافعها ، وإنما الإشاعة بعد انقسام الملك في المنفعة وانقسام الملك معنىً يثبت بعد العقد حكماً له ولاينقسم إلاّ والمهايأة مستحقة فيرتفع العجز باعتبار المهايأة فيكون الرافع للعجز مقترناً بالموجب للعجز بخلاف مسألتنا على ما سبق .

قالوا : ولايلزم إذا آجر من شريكه ، لأن العجز عن التسليم كان لوجود الإشاعة ، وقد ارتفعت الإشاعة بالإجارة من الشريك ، لأن جميع المنفعة قد صارت للمستأجر وإذا انعدمت الإشاعة انعدم العجز فجاز العقد .

الجواب :

إن التسليم ممكن بأحد الوجهين : بتسليم الدار وقد بينا ان تسليم الدار يتضمن تسليم المنافع ، واعتذرنا عن مسألة الإنعدام ، وهو كالبيع فإن تسليم المشاع بتسليم الدار .

وقولهم : " **ان قبض المنافع باستيفائها** " .

قلنا : بل يكون بقبض الدار .

يبينه : انه لو سلم المفتاح اليه ومضت المدة ولم يسكن الدار تتقرر عليه الأجرة ولم يوجد الإستيفاء الذي قالوه .

فإن قالوا : جعل بمنزلة المستوفى بالتمكن " .

قلنا : فاجعلوه بمنزلة المستوفى بقبض الدار إذ كل واحد منهما إثبات قبض من حيث الحكم لا من حيث الحسّ .

وأما مسألة التخلية فهي على أصولهم ، ونحن لانثبت القبض بالتخلية وان أثبتنا لانفرق بين قبض الغصب وبين قبض العقد .

والوجه الثاني : هو أنا وان سلمنا ان قبض المنافع بإستيفائها فالإستيفاء ممكن بسكنى جميع الدار وليس جميع الثوب ، وإذا فعل هذا فلابد أن يصير قابضاً لمنفعة المشاع .

فإن قالوا : لايمكنه قبض منافع المشاع على انفراده " .

قلنا : يمكن بالمهايأة ، والذي قالوا على المهايأة فوجه فساده أنا قلنا : إن قبض المنفعة في المشاع ممكن بسكنى جميع الدار فقد اقترن بالعقد شرط صحته .

وأما قولهم " انه لايمكن استيفاؤه على انفراده " .

قلنا : يمكن أيضاً تقديراً بوجه صحيح في الشرع ، وذلك

بالمهايأة وهذا لأنهما وإن تهايأآ على الزمان فكل واحد من الشريكين يسكن جميع الدار في اليوم بشرط أن يمكن صاحبه من سكنى جميع الدار في اليوم الثاني وصاحبه كذلك فصار كل واحد منهما ساكناً نصف جميع الدار فنصفها هو عين ما استحقه بالعقد ونصفها هو بدل عما استوفاه صاحبه من حقه فيصير في التقدير من حيث الحكم كأن كل واحد منهما استوفى منفعة نصف الدار على الدوام من غير انقطاع ، وهو نظير ما لو آجر من رجلين فإنهما إذا تهاياآ على الزمان وسكن هذا الدار يوماً وسكن صاحبه الدار يوماً صار في التقدير كأن كل واحد منهما سكن نصف الدار على الدوام ، كذلك هاهنا .

فثبت انه يمكن استيفاء نصف المشاع على حياله حكماً وإن تعذر حسّاً ، والمعتبر بالوجود حسّاً كان أو حكماً .

فإن قالوا : هذا التقدير ممكن في المستأجرين ، لأنه يجوز أن يستوفى كل واحد منهما المنفعة لنفسه بحقه ، ويستوفى المنفعة بإذن صاحبه في نصيبه فيصير كأنه هو المستوفيفيقدر على الوجه الذي قلتم ، فأما في مسألتنا فلايمكن هذا التقدير، لأن احدهما مالك ، والمالك لايجوز أن يستوفى منفعة الدار بإذن غيره، لأنه على أيّ وجهٍ استوفى يكون بحق الملك وإن أعار المستأجر الدار لايجوز من المالك وكذلك إجارته منه ، وإذا لم يجز أن يستوفى المنفعة بنفسه لحقه بإذن صاحبه لايصير استيفاؤه بمنزلة استيفائه فلم يمكن إثبات التقدير الذي قلتم .

قلنا : لافرق بينهما كما يجوز لكل واحد من المستأجرين أن يستوفى المنفعة لنفسه بحقه وبإذن صاحبه ، كذلك للمالك أيضاً يجوز على هذا الوجه ، وهذا لأن المستأجر ملك المنفعة فكما يجوز أن يُعير من

الأجنبي وتؤاجر فإنه يجوز أيضاً من الآجر كالمشتري بقبض المبيع ثم يُعيره ، من البائع أو يبيعه منه ولافرق بوجهٍ ما ، والله أعلم بالصواب .

□□□□

(مسألة)

الأجير المشترك إذا اتلف الشئ بعمله لم يجب عليه الضمان .[1]

/ ١٦٦/أ

وهو قول زفر من أصحابهم .[2]

وعندهم : يجب عليه الضمان .[3]

وصورة المسألة : القصار إذا خرق الثوب بدقه والصباغ إذا أفسد الثوب بصبغه .

لنـا :

إن الفساد حصل بعملٍ مأذون فيه من قبل المالك فلا يجب عليه الضمان .

دليله : إذا كان أجيراً منفرداً .

وإنما قلنا " انه مأذون فيه من قبل المالك " لأن صورة المسألة إذا دقّ دق

---

(١) الأم : ٢٦٢/٣ ، ٢٦٣ ، المهذب : ٥٣٤/١ ، النكت ورقه : ١٦٩/ب ، روضة الطالبين : ٢٢٨/٥ .

(٢) الأسرار : ١٤١/٢/ب (مراد ملا) ، إيثار الانصاف ص ٣٣٥ ، وهو قول أبي حنيفة أولاً وبه أخذ الطحاوي في المختصر ص ١٢٩ ، مختصر القدوري : ٣٤١/١ (مع الجوهرة) .

(٣) الأسرار : ١٤١/٢/ب (مراد ملا) ، المختصر للطحاوي ص ١٢٩ ، مختصر القدوري : ٣٤١/١ (مع الجوهرة) .
وهو القول الثاني عند الشافعية ، انظر : النكت ورقه ١٦٩/ب ، المهذب ٥٣٤/١ .

مثله وحصل منه الخرق ، ولا خلاف ان دق مثله مأذون فيه حتى يطلق له ذلك من غير حرج ونقول لو زاد على دق المثل وتخرق منه الثوب يجب عليه الضمان ، فتبين قطعاً ان الفساد حصل من عمل مأذون فيه .

فإن قالوا : لما تخرق الثوب تبين انه قد تجاوز الدّق المأذون فيه إلى ما لم يؤذن فيه .

قلنا : ليس دق المثل مما لا يوجد منه الخرق بحال ، بلى ، لايحصل منه الخرق في غالب الأحوال ولكن قد يتأدى إلى الخرق في بعض الأحوال .

وقد قال الأصحاب : انه دق على وجه يشهد أصل الصنعة انه مازاد على دق المثل أو يوافقه رب الثوب انه مازاد على المأذون فيه .

والدليل من حيث الحكم على أن هذا العمل مأذون فيه : ان مالك الثوب لو رضي به لزمه المسمى من الأجرة ، ولايتصوّر وجوبه المسمى إلاّ بعملٍ تناوله العقد ، وإذا تناوله العقد يكون مأذوناً منه بلا خلاف .

والحرف لنا : ان المعقود عليه عمل واحد وهو دقّ المثل الذي قلنا ، وكلما يدخل تحت هذا الاسم يكون مأذوناً فيه ونظيره : البزغ والفصد فإن المعقود عليه لما كان عملاً واحداً فكل ما يتناوله هذا الاسم يكون مأذوناً فيه فسواء حصل منه فساد أو لم يحصل لم يجب عليه به الضمان .

وكذلك الأجير المنفرد .

يدل عليه : انه إذا كان مأذوناً فيه من قبل المالك ذهبت صفة التعدي منه على الإطلاق ويصير من وجه كأن المالك هو المتلف فلم يمكن إيجاب الضمان به .

وأما حجتهم :

قالوا : حصل فساد الثوب بعمل غير مأذون فيه فيجب عليه

الضمان .

دليله : إذا جاوز دق المثل ، وإنما قلنا ذلك ، لأنه أذن له في الدّق المزيّن المصلح لا في الدّق المخرق المفسد ، وهذا لأن الأجير بائع عمله ، واطلاق البيع يقتضي سلامة المعقود عليه بدليل سائر البياعات ، والعمل المعيب لايكون سليماً ، فلم يدخل تحت العقد ، وهذا لحقيقةٍ وهو أن العمل نوعان : عمل معيب ، وعمل سليم ، والذي لايحصل منه الخرق هو عمل سليم ، والذي حصل منه الخرق هو عمل معيب ، والعقد يقتضي السلامة على ما ذكرنا ، فصار الداخل تحت العقدهو العمل السليم لا العمل المعيب فصار المعيب غير مأذون فيه فوجب به الضمان ، كما لو غيّر نوعاً من الدق وجاء بنوع آخر وحصل به الخرق .

قالوا : وليس لو اشترى ثوباً أو عبداً معيباً حيث يدخل تحت العقد معيباً كان أو غير معيب ، لأن المعقود عليه هناك هو عين مشار إليها ، وهي شئ واحد معيباً أو غير معيب .

وأما هاهنا المعقود عليه عمل التزمه في الذمة وهو نوعان على ما بينا . ولهذا لو احضر عبدين فيدخل السليم دون المعيب وصار هذا كالثمن فإنه لو باع عبداً بألف درهم ، والألف نوعان : جيد ، ورديئ ، دخل الجيد في العقد دون الرديئ ، كذلك هاهنا .

وكذلك في السلم فصار العمل في مسألتنا جارياً مجرى الديون لامجرى الأعيان.

قالوا : ولايجوز أن يقال ان المعيب في الديون يدخل تحت العقد أيضاً ، بدليل انه لو يجوّز به يجوز حتى لو قبض الزيوف مكان الجياد في الثمن أو الرديئ مكان الجيد في السلم ورضي به يجوز ذلك ، لأنا

نقول المعيب غير السليم مادام حقه في السلامة قائماً فكان أحدهما موصوفاً بصفة السلامة والأخير غير موصوف بصفة السلامة فأقل ما في الباب أن يكون بمنزلة المطلق والمقيد فيكونا شيئين ، فأما إذا رضي بالعيب فقد اسقط حقه من الجودة فسقط وبقى حقه في أصل الحنطة في السلم ، والرديء والجيد حنطة ، وكذلك في الثمن بقى حقه في أصل الدراهم والجياد والزيوف دراهم ، فكان الجميع داخلاً تحت العقد .

قالوا : ولهذا نقول في مسألتنا ان المالك لو رضي بهذا العمل يلزمه المسمى ، لأنه بالرضا اسقط حقه في السلامة فصار حقه في مطلق الدّق فصار المعقود عليه واحداً عند الرضا فيكون داخلاً في العقد كيف ما كان .

قالوا : ولهذا نقول لو قبض رأس المال في السلم وهو زيوف وتفرقا ، لايبطل العقد في الحال ، لأن المقبوض وإن كان غير حقه في الحال ولكن يحتمل أن / يصير المقبوض له حقاً له بأن يرضى **١٦٦/ب** المسلم إليه بالزيوف إذا علم ، فلا جرم نقول : ان القبض موقوف فإن رضى به صار المقبوض حقاً له وصح العقد وإن لم يرض به ورده بطل العقد ، لأنه بطل القبض من الأصل ، وتبين انهما تفرقا من غير قبض رأس المال فبطل السلم فهذا الذي قلناه معتمدهم ونهاية كلامهم .

قالوا : ولايلزم الأجير المنفرد ، لأن المعقود عليه ليس هو العمل وإنما هو بائع منافعه في ذلك الزمان المعين ، بدليل انه لايقدر على تمليكها من غيره، حتى لو آجر نفسه فيعمل في تلك المدة من آخر لم يجز ، ولايجوز أيضاً إلاّ أن يعمل بنفسه ، ولو سلم نفسه استحق الأجرة من غير عمل بخلاف الأجير المشترك في هذه المسائل ، وإذا كان المعقود عليه

المنفعة والمنفعة شئ واحد غير مختلف فصار بمنزلة العين المشار إليها فيكون داخلاً تحت العقد كيف ما كان ، وهذا لأن العقد وإن اقتضى السلامة عن العيب ولكن العين لاتختلف بإختلاف الوصف فإنها بالإشارة تعرف فسواء كان سليماً أو معيباً كان داخلاً تحت العقد .

وأما الدين في الذمة يعرف بالوصف وهو يتنوّع إلى سليم ومعيب فيصير السليم داخلاً تحت العقد دون المعيب بالمعنى الذي قدمناه .

وأما الأجير لما كان المعقود عليه المنفعة وهي بمنزلة الأعيان والعمل لإظهار المنفعة فسواء كان سليماً أو معيباً كان داخلاً تحت العقد .

قال أبو زيد في الأمالي :

الأجير الواحد بائع منافعه ، ألا ترى أنه إذا سلّم نفسه من غير عمل استحق الأجرة ، والخرق لايتولد من المنفعة فلم يكن عينا فيها ، وإنما جاء الخرق من قبل العمل ، والعمل منه حصل بإستعمال صاحب الثوب إياه من غير أن يكون في مقابلته بدل فلم يتقيد بالتسليم ، لأنا قيّدناه بالسلامة بقضية عقد المعاوضة ، فإذا لم يكن في مقابلته بدل فلا معاوضة في العمل حتى يقتضي السلامة . والأذن من المالك موجود من غير تقييد فأشبه المعين في حق القصار فلا جرم نقول : وان حصل الحرق بدقه لايجب الضمان وكان المعنى في المعين انه واهب عمله وعقد الهبة لايقتضي السلامة عن العيب فدخل العمل مطلقاً في الأذن غير مقيد بصفة السلامة .

قالوا : ولايلزم البزاغ [1] والفصّاد والختّان إذا حصل بعملهم تلف

---

(١) البزّاغ : يقال : بزغ : البيطار والحاجم (بزاغاً) من باب قتل شرط وأسأل الدم . انظر المصباح مادة (بزغ) .

حيث لايجب الضمان ، لأنا لم ندخل المعيب من العمل في العقد ، لأن العمل يتنوّع نوعين إلى مصلح ومفسد وعقد المعاوضة يقتضي السلامة على ما سبق .

وأما في تلك المسائل فنفس العمل إفساد محض ، لأنه جرح وإنما السلامة والصلاح في البرؤ والشفا وليس ذلك من صنع العامل ، وإنما هو بقوة طبع المجروح ، وإذا كان في نفسه إفساداً لم يمكن تقييده بالسلامة بخلاف مسألتنا فإنه متنوع على ما سبق .

وقالوا أيضاً : إن الإحتراز عن السراية ليس في وسعه وما ليس في وسعة الإنسان لايكلفه الله ذلك فيسقط اعتبار السراية بهذا الوجه وأما في مسألتنا ففي وسع القصار أن يأتي بدقٍ مصلح ، ولكن ربما يلحقه حرج وذلك باختيار الآلة المصلحة ومعرفة أجزاء الثوب ظاهرها وباطنها ثم معرفة ضعيفه وقويه وإرسال المدقة على رفقٍ بقدر ما يحتمله الثوب ويحصل المقصود به .

قالوا : وبهذا الحرج لايسقط الضمان عنه ، لأنه التزم العمل باختياره ، وما يلتزم العبد باختياره لزمه وإن كان فيه حرج ، لأن دفع الحرج نظر وهو يستحقه فيما يُلزمه الله ابتداءً ، فأما ما يلتزمه العبد باختياره لايستحق النظر لأنه كان يمكنه أن لايلتزمه .

قالوا : ولهذا نقول : إن السراية تكون مضمونة على مستوفى القصاص في الطرف ، لأنه كان يمكنه أن لايستوفى ويعفو وهو الأولى فلم يسقط عنه ضمان السراية وإن لم يمكنه الإحتراز عنه .

وربما يقولون : الموت في هذه المسائل لايقع بالجرح بل يضعف طبع المجروح والبرؤ يحصل بقوة طبع المجروح .

وأما في مسألتنا فقد حصل الحرق بدقه لامحالة ، والأول أحسن .

وزعم بعضهم : أن المعقود عليه صفة القصارة أو صفة الصباغة لأنها هي المطلوبة بالعقد والعوض بدل في مقابلة المطلوب ، والمقصود ، ولكن العمل لإظهار هذه الصفة ، والمظهر بصفة القصارة المطلوبة عمل يسلم معه الثوب أو عمل مصلح لا عمل مفسد محرق وهذا قريب من الطريقة الأولى .

واستدل مشايخهم بالطريق المعروف : وهو أن العمل مضمون فما يتولد عنه يكون مضموناً .

وخرجوا قولهم " مضمون : انه مضمون بالأجرة ، وهذا لأن ما يقابل المضمون مضمون " .

وخرجوا / مسألة البزاغ بحصول التسليم فيه حكماً إلى صاحب ١٦٧/أ الدابة ، وخروج العامل من الوسط على ما ذكرا [١] في مسألة السراية فلا نعيد .

الجواب :

أما قولهم " انه حصل فساد الثوب بعملٍ غير مأذون فيه " .

قلنا : قد بينا انه مأذون فيه .

أما قولهم " انه بائع للعمل " .

قلنا : ليس كذلك ، بل هو بائع للمنفعة في الإجارة ، فإن الإجارة بيع المنافع والأجرة عوض المنفعة .

يبينه : انه إنما يجوز عقده على ما هو حقه معتاضاً عنه وحقه المنافع

---

(١) كذا في المخطوط ، ولعله " ذكروا " لأن المعنى لايستقيم .

فيعتاض عنها بالأجرة كما يعتاض عن العين بالثمن .

وأما العمل وجب تسميته لإعلام المنفعة .

ويمكن أن يقال ان ذكر العمل لتقدير المنفعة المعقودة عليها لاغير ، وهذا لأن المعقود عليه في الشرع ثلاثة : أعيان ، وديون ، ومنافع ، ولايعرف في المعاملات غيرها ، ولافرق عندنا بين الأجير المشترك وبين الأجير الواحد في المعقود عليه .

وقولهم " انه بتسليم النفس في الأجير الواحد يستحق الأجرة بخلاف الأجير المشترك " .

قلنا : إنما جاء هذا الإفتراق لا من حيث اختلاف المعقود عليه لكن إنما اختلفا لأنا في الأجير الواحد نقيم التمكن من الإستيفاء مقام حقيقة الإستيفاء ، لأنا لو لم نجعل كذلك أدى إلى ضرر عظيم بالأجير ، فإن المنفعة لما كانت مقدرة بزمان معلوم وبمضي الزمان تتعطل المنفعة عليه وينتهي العقد بانتهائه فلو لم نقدر عليه الأجرة بتمكنه من إستيفاء المنافع في الزمان المعين أدّى إلى أن تتعطل المنافع على الأجير من غير أن يحصل على شئ لا من قبل هذا المستأجر ولا من قبل غيره ، فإنه لايجوز أن يؤاجر نفسه في هذا الزمان من إنسان آخر وهذا ضرر عظيم ، ومثل هذا لايوجد في الأجير المشترك ، لأن المنفعة إنما اعملت بالعمل والعمل ممكن في أيّ زمان كان وله أيضاً أن يعمل لغيره فلا يؤدي إلى تعطيل منفعة عليه .

وباقي المسائل التي يفرقون بها بين الأجير المشترك والأجير الواحد غير مسلمة ، وإنما المسلم هذه المسألة خاصة والفرق ما ذكرنا ، وعلى هذا يبطل قول مَنْ قال من أصحابهم : ان المعقود عليه صفة الخياطة ، وذلك

لأن الإجارة بيع ، ومن شرط البيع وجود مبيع ، ولايمكن تقدير الوجود إلاّ في المنافع فقدرنا وجودها على ما ذكرنا في مسألة الأجرة ، وجوّزنا بيعها .

فأما بيع صفة القصارة أو صفة الخياطة ، فمحال من الكلام ، وهذا لأن منافعه مملوكة له وإذا حدثت حدثت على ملكه فيجوز أن يعقد عليها البيع ، فأما صفة الخياطة فغير مملوكة له وإذا حصلت لاتكون له بحالٍ فكيف يتصور أن يعقد عليها للغير أو يعتاض عنها ؟ ، وهذا جواب معتمد .

أما جواب آخر :

وهو أنا وإن سلمنا أن العقد ورد على العمل لكن العمل واحد وهو دق المثل والدّق المعتاد في مثل هذا الثوب .

أما قولهم : " انه يتناول السليم دون المعيب " .

قلنا : يتناول كل ما دخل تحت هذا الاسم سواء سلم منه الثوب أو لم يسلم . وأما قولهم : " إن عقد المعاوضة يتناول السليم " .

قلنا : ليس كذلك ، فإنه لو كان المعيب لايدخل تحت العقد لكان المبيع العين إذا وجد معيباً لايجوز العقد ، وفي الدين إذا تجوزّ بالردئ أو الزيوف لايجوز .

وقد قال أبو حنيفة رحمة الله عليه : انه لو هلكت الزيوف ولم يكن عَلِمَ القابض انها زيوفٍ ثم علم كان القبض واقعاً موقعه ولم يرجع بشئ مما له في رأس مال السلم وغيره .

وقولهم " ان العقد يتناول السليم مادام حقه قائماً في وصف السلامة فأما إذا أسقط فلا " .

قلنا : إذا كان العقد ابتداءً يتناول السليم دون المعيب فلا يتصور

بالرضا من بعد أن يدخل في العقد ما لم يكن دخل في الإبتداء وكيف يتبدل محل العقد بمعنىً داخل على العقد ، إنما الصحيح أن العقد يتناول السليم والمعيب إلاّ انه يصير كأنه شرط السلامة بحكم العادة ، وعمل الشرط في ثبوت الرد عند وجوده على خلاف المشروط لا في صرّف العقد عن تناوله إياه مثل ما لو شرط في العبد الذي يشتريه انه خبّاز أو كاتب فإنه سواء وجده على ما شرطه أو لم يجده على ذلك يكون داخلاً تحت العقد إلاّ إنه إذا لم يجد على الوصف المشروط فعمله في جواز الرد ، ولأنه إذا هلكت الزيوف عنده أين الرضا في هذه الصورة ؟ وقد قال أبو حنيفة رحمه الله : ان القبض يقع موقعه ولم يرجع بشئ .

فإن قالوا : نحن نعلم قطعاً ان المعيب غير السليم والمعقود عليه واحد فإذا دخل السليم في العقد فلا يتصور أن يدخل المعيب وهو شئ آخر .

/ قلنا : المعقود عليه واحدٍ ، فإن كان سليماً فهو المعقود **١٦٧/ب** عليه وإن كان معيباً فهو المعقود عليه ويكون المعيب مكان السليم .

والعلة في ذلك : أن العقد يتناول عملاً مطلقاً مشتملاً على السليم والمعيب على ما سبق ، فأيّهما وجِدَ فَهو الذي يتناوله العقد مثل الزيوف والجياد في رأس مال السلم ، فعلى هذا يكون المعقود عليه واحداً ، وهو عمل مطلق يوجد مرة على هذا الوصف ، ومرة على ذلك الوصف وهو في نفسه واحد غير متعدد .

يبينه : ان عمل قضية السلامة لما كان هو الرد فحسب ، والعمل في مسألتنا قد اتصل بالثوب وصار مقبوضاً من هذه الجهة لايمكنه رده فسقط حكم قضية السلامة ولزمه المقبوض كما قال صاحبهم فيما لو قبض الزيوف وهلكت ثم علم أنها زيوف لزمه المقبوض وسقط حكم

الرد ، وهذا غاية الإلزام .

فإن قالوا : عندنا لايصير العمل مقبوضاً لصاحب الثوب حتى ان للقصار أن يحبس الثوب لإستيفاء الأجرة .

قلنا : لايجوز هذا ، لأن إيصال العمل بالثوب فوق إيصال الطعام بالغرائر [1]، وعندهم لو كان المسلم إليه الطعام في غرائر رب السلم وقد سلمها إليه ليكيل فيها يصير قابضاً فهاهنا أولى ، وبهذا يبطل عذرهم عن الأجير في مسألةٍ البزاغ انه صار مسلماً إليه للعمل فإن هناك قد صار أيضاً مسلماً إليه للعمل بالوجه الذي بينّا وقدمنا ، ولأن الإنسان إذا جرح غيره ففعله لايكون في يده ، لأنه متصل ببدن المجروح ومع ذلك يكون في ضمانه ، فليس ما قالوه بشئ .

والإلزام الذي ذكره الأصحاب في مسألة البزاغ في نهاية اللزوم لأنها مثل مسألتنا سواء ، ويوجد فيها النوع الذي اعتمدوا عليه .

وقولهم " انه في نفسه إفساد " .

قلنا : لا ، بل إصلاح ، ولهذا اطلق الشرع فعله وإنما يكون فساداً إذا تأدى إلى هلاك الدابة .

وقولهم " **إنه لايمكنه الإحتراز عن الهلاك** " .

قلنا : كذلك في مسألتنا ، لأنا بينا ان المسألة مصورة فيما إذا دقّ الدق المعتاد ولم يزد على دق المثل أصلاً وعند هذا الفعل لايمكنه الإحتراز عن الحرق اللهم إلاّ أن يقصّر في دق المثل ولايجوز له أن يقصّر ، لأنه يجبر على دق المثل وينتقص هذا القدر أيضاً بمسألة القصاص في

---

(١) الغرائر : جمع غِرارة بالكسر شبه العِدْل . انظر المصباح المنير مادة (الغرة) .

الطرف فإن الإحتراز عن السراية فيه غير ممكن ومع ذلك كان مضموناً .

وقولهم : " انه يمكنه أن يعفو ولايقبض " .

قد أجبنا عن هذا في تلك المسألة ، وعلى أن سلمنا إنما يشبه مسألة القطع في السرقة ، لأن القطع هناك مستحق ، وهاهنا العمل مستحق فإذا لم تكن السراية في تلك الصورة مضمونة فكذلك في مسألتنا .

وأما طريقة مشايخهم وقولهم " ان العمل مضمون " .

فطريقة في نهاية الضعف ، لأن الدق المخرق غير مضمون بالأجرة عندهم وهو الموجود ، فكيف يتصور قولهم " عمل مضمون " في هذه الصورة ؟ وعلى أن الضمان الواجب ضمان عقد ، وضمان العقد ضمان إلتزام وشرط ، فكيف يكون سبباً لضمان التعدي ؟ وينتقض بالبزاغ والحجام .

والله أعلم بالصواب ، وهو الموفق والمعين .

إذا أحيا المسلم مواتاً بغير إذن الإمام ملكه عندنا ، وإن أحياها ذمي لم يملكها وإن أذن له الإمام .[1]

وعند أبي حنيفة : يملكان بإذن الإمام ولايملكان بغير إذنه .[2]

وعند أبي يوسف ومحمد : يملكان جميعاً وإن لم يأذن الإمام .[3]

لنـــا :

حديث سعيد بن زيد أن النبي ﷺ قـــال : (مَنْ أحيا أرضاً ميتة فهي له)[4] .

وظاهره انه نُصِبَ شرع لعموم الناس في عموم الأوقات .

---

(١) المهذب : ٥٥٣/١ ، ٥٥٤ ، النكت ورقه ١٧٩/أ ، ب ، الحاوي الكبير : ٤٧٦/٧ ، ٤٧٨ ، انظر روضة الطالبين : ٢٧٨/٥ ، وبه قال المالكية والحنابلة ، انظر : الاشراف للبغدادي : ٧٧/٢ ، المنتقى للباجي : ٢٦/٦ المغني : ١٤٨/٨ .

(٢) مختصر الطحاوي ص ١٣٤ وهو إختيار الطحاوي ، مختصر القدوري : ٤٦٨/١ ،(مع الجوهرة) .

(٣) مختصر الطحاوي ص ١٣٤ ، ١٣٥ ، مختصر القدوري : ٤٦٨/١ (مع الجوهرة) .

(٤) رواه البخاري في صحيحه تعليقاً : ١٨/٥ مع الفتح ، باب من أحيا أرضاً مواتاً .

والترمذي في سننه : ١٤٦/٦ (مع العارضة ، باب ما ذكر في إحياء الموات) ، والإمام مالك في الموطأ : ٢٦/٦ مع المنتقى ، باب القضاء =

مثل قوله عليه الصلاة والسلام (مَنْ قتل قتيلاً فله سلبه) [١]

ومَنْ بَدّل دينه فاقتلوه) [٢] ، ومَنْ باع عبداً وله مال فماله للبائع إلاّ أن يشترط المبتاع) . [٣]

ومن جهة المعنى : انه مباح في عرضة التمول فلم يفتقر تموله إلى إذن الإمام .

دليله : الصيود .

(=) في عمارة الموات ، والإمام أحمد في مسنده : ٣٢٧/٥ .
والدارمي في سننه : ٢٦٧/٢ ، باب من أحيا أرضاً ميتة فهي له من كتاب البيوع .

(١) رواه البخاري في صحيحه : ٢٤٧/٦ مع الفتح ، باب مَنْ لم يخمس الأسلاب من كتاب الخمس ، ومسلم في صحيحه : ٥٧/١٢ ـ ٥٩ مع النووي ، باب استحقاق القاتل سلب القتيل ، وأبو داود في سننه : ١٦١/٣ مع المعالم ، باب السلب يعطى للقاتل ، والترمذي في سننه : ٥٧/٧ مع العارضة ، باب ما جاء فيمن قتل قتيلاً ،
والإمام أحمد في المسند : ١١٤/٣ ، ١٢٣ ، ١٩٠ ، ٢٧٩ ، ٣٠٦ ، ١٢/٥ ، ٢٩٥ .

(٢) رواه البخاري في صحيحه : ١٤٩/٦ مع الفتح ، باب لايعذب بعذاب الله من كتاب الجهاد . وأبو داود في سننه : ٥٢٠/٤ مع المعالم ، باب الحكم فيمن ارتد من كتاب الحدود ، والترمذي في سننه : ٢٤٣/٦ مع العارضة باب ما جاء في المرتد ، والنسائي في سننه : ٩٦/٧ ، باب الحكم في المرتد . والإمام أحمد في المسند : ٢٨٠/١ ، ٢٨٣ ، ٣٢٣ ، ٢٣١/٥ .

(٣) رواه البخاري في صحيحه : ٤٩/٥ مع الفتح ، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط ، ومسلم في صحيحه : ١٩١/١٠ مع النووي ، باب مَنْ =

ودليل أنه مباح انه لم تثبت عليه يد ويملك باليد فيكون مباحاً للأيدي كالأصل أيضاً .

ودليل انه يملك باليد أنه إذا اتصل به إذن الإمام مُلِكَ ، وإنما مُلِكَ باليد لا بإذن الإمام ، فإن السبب عندهم هو الإحياء والإذن شرط .

وقد قال بعضهم : " إن الموات ملك جميع المسلمين " .

وليس بشئ ، فإنه لو جاء إنسان ...[1] بحيث لايقبل العمارة لايضمنه ، ولو كان على ما قالوه ضمن ، ولو جاء / إنسان وأخذ **١٦٨/أ** منه التراب لتطيين السطوح وضرب اللبن لم يمنع منه ، ولو كان مملوكاً للمسلمين يمنع من ذلك .

وأما الدليل في الذمي على أنه لايملك قوله عليه الصلاة والسلام (موتان الأرض لله ورسوله ثم هي لكم مني أيّها المسلمون) .[2]

ولأنه لو ملك الموات بالإحياء صار أصلاً في دار الإسلام وهو من جملة السكان بالإجرة فلم يجز تصرفه في دار الإسلام على وجه يكون هو الأصل ، وإذا جوّزنا إحياه صار أصلاً ، لأن كل مَنْ يملك هذه البقعة يتلقاها من قبله ، وهذا بخلاف ما إذا اشترى أرضاً ، لأن جواز شرائه لايجعله أصلاً بل الأصل غيره ، وهوتلقى من قبله .

(=) باع نخلاً عليها ثمر ، وأبو داود في سننه : ٧١٤/٣ مع المعالم ، باب العبد يباع وله مال (الإجارة) ، والترمذي في سننه : ٢٥٣/٥ مع العارضة ، باب ماجاء في ابتياع النخل بعد التأبير والعبد وله مال .

(١) كلمة عليها أثر أرضة .

(٢) رواه البيهقي في سننه : ١٤٣/٦ ، باب لايترك ذمي يحييه .

وأما حجتهم :

تعلقوا بقوله عليه الصلاة والسلام (عادى [1] الأرض لله ورسوله) . [2]

فلا يجوز التصرف فيها إلاّ بإذن من قبل الشارع أو نائب عنه وليس إلاّ الإمام ، ولأن للإمام ولاية الموات بدليل انه يجوز إقطاعه لذلك، فنقول ما ثبت فيه ولاية الإمام بالدفع و المنع لم يملك منه شئ بغير إذنه .

دليله : مال بيت المال .

واستدلوا في الذمي وقالوا : سبب الملك فيستوي فيه المسلم والذمي .

دليله : الإصطياد ، وهذا لأن المسلمين وأهل الذمة يستوون في أسباب الملك كما ذكرنا في كتاب السير .

الجواب :

أما الخبر فهو الخبر الذي ذكرناه من قوله :(موتان الأرض لله ورسوله ثم هي لكم مني أيها المسلمون) . [3].

وقد غفلوا عن باقي الخبر ، وليس مَنْ لم يعلم كمَنْ علم ولا مَنْ لم يصل إليه شئ كمَنْ وصل إليه وأدركه .

وإما الإقطاع فقد نقضوا بالمعادن يجوز فيه الإقطاع ويملك بمجرد الأخذ

---

(١) العادى : كل أرض كان لها ساكن في آباد الدهر فانقرضوا فلم يبق منهم أنيس فصار حكمها إلى الإمام ، وكذلك كل أرض موات لم يحييها أحد ولم يملكها مسلم ولا معاهد " أهـ . قاله أبو عبيد في الأموال ص ٣١١ ، ٣١٢ .

(٢) رواه أبو عبيد في الأموال ص ٣٠٦ ، باب الإقطاع . والبيهقي في سننه : ١٤٣/٦ ، باب لايترك ذمي يحييه .

(٣) سبق تخريجه .

بغير إذن الإمام ، وعلى أن عندنا ليس بحقيقة الإقطاع ، ولو بادر إنسان وأحياها قبل إحياء المُقْطَعَ لها يملكها الأول ، فأما إذا اجتمعا يترجح المأذون له من قبل الإمام لوجود الولاية له في دار الإسلام ، وهذا قطعة من دار الإسلام فإذا ترجح أحدهما بإذنه يكون أولى ، كَمَنْ يقدمه للصلاة يكون أولى من غيره ، ومَنْ يقدمه القاضي للخصومة يكون أولى من غيره ، وإن لم يكن إذن الإمام شرط في واحد منهما .

وقد عملوا أكثر من هذا فإنهم جوّزوا تنفيل السلب وقبل التنفيل يكون مالاً لجميع الجيش .

وأما الذمي فقد ذكرنا وجه منعه من الإحياء ، وخرج على ذلك الصيود ، لأنها ليست من أصول دار الإسلام .

والحرف : انه ليس من أهل دار الإسلام فلا يساوي في دار الإسلام أهل دار الإسلام ، كما لايساوي في كثير من الأشياء على ما عرف والله تعالى أعلم بالصواب وبه الحول والقوة .

(مسألة الوقف)

مذهبنا ومذاهب أكثر أهل العلم بأن الوقف صحيح ويلزم بنفسه ويخرج الموقوف عن ملك الراقف ثم يجري أمره على شرائطه .[1]

وعند أبي حنيفة : لايلزم ما لم يقض القاضي بلزومه أو يخرجه مخرج الوصايا ويسع الثلث له ، ولايظهر دين فحينئذ يصير وقفاً أبداً لارجوع فيه لأحد .[2]

لنا :

حديث ابن عوف عن نافع عن ابن عمر أن عمر قال : يارسول الله إني أصبتُ أرضاً بخيبر ما أصبتُ قط مالاً هو أنفس عندي منه فما تأمرني ؟ فقال رسول الله ص : (إن شئت تصدقت بها وحبست أصلها) قال : فتصدق بها على أن لايباع أصلها ولايوهب ولايورث في الفقراء وذوى القربى ، ولاجناح على مَنْ وليها أن يأكل منها بالمعروف أو يطعم صديقاً غير متمولّ " . وهذا الخبر في الصحيحين .[3]

---

(١) الأم : ٢٨١/٣ ، المهذب : ٥٧٨/١ ، النكت ورقه : ١٨٢/أ ، الإشراف للبغدادي : ٧٩/٢ ، ٨٠ ، المغني : ١٨٥/٨ .

(٢) الأسرار : ٣٣٥/٢ /أ (مراد ملا) ، مختصر القدوري : ٤٣٠/١ (مع الجوهرة) ، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب : ٥٦٢/٢ .

(٣) رواه البخاري في صحيحه : ٣٥٤/٥ ، ٣٩٩ مع الفتح ، باب الشروط في الوقف ، وباب الوقف كيف يكتب .
ومسلم في صحيحه : ٨٦/١١ مع النووي ، باب الوقف .

وأخرج البخاري [1] بطريق حماد بن زيد عن أيوب عن نافع عن ابن عمـــــر أن عمر أصاب أرضاً من يهودي حارثة يقال لها : ثمغ [2] فقال يارسول الله : إني أصبت مالاً نفيساً أريد أن اتصدق به ، قـال : (فاجعلها صدقة لاتباع ولايوهب ولايورث يليها ذوى الرأي من آل عمر فما عفى من ثمرتها جعل في سبيل الله وابن السبيل والفقراء ولذي القربى ، وليس على مَنْ يليها جناح أن يأكل بالمعروف أو يطعم صديقاً غير متمولٍ منه) .

قال : وتصدقت حفصة أرضاً لها على ذلك وتصدق ابن عمر أرضاً له على ذلك .

وأعلم أن صحة الوقف اتفق عليها الصدر الأول ووقف رسول الله ص والصحابة / من بعده أبو بكر ، وعمر ، وعثمان ، وعلي ، **١٦٨/ب** وطلحة ، وزبير ، وعبد الرحمن بن عوف ، وابن مسعود ، وابن عباس ، وابن عمر ، والمسور بن مخرمة ، وجبير بن مطعم ، وعمرو بن العاص ، وأرقم بن أبي الأرقم ، وأنس ، ووقفت فاطمة ، وعائشة ، وحفصة [3] ،

---

(١) انظر صحيح البخاري : ٣٥٤/٥ مع الفتح . لكنه لم يخرج إلا آخره فقط كما قال البيهقي في السنن .
وأخرجه البيهقي في سننه : ١٥٩/٦ ، باب الصدقات المحرمات مع اختلاف في اللفظ .

(٢) ثمغ : بالفتح : مال في شامي المدينة قرب كومة أبي الحمراء اصابه عمر من يهود بني حارثة ، انظر : خلاصة الوفاء ص ٥٣٠ .

(٣) روى هذه الآثار عنهم : ابن قدامة في المغني : ١٨٥/٨ ، الشافعي في الأم : ٢٧٦/٣ سنن الترمذي : ١٤٤/٦ ، مع العارضة .

وغيرهم ممن يكثر عددهم [1] واعتمدوا لزوم هذه الأوقاف فإنه روى عن عمر وعلى أنهما وَقَفَاً بتاً بتلا " [2] .

وحكى الشافعي عن أكثر من ثمانين نفر من الأنصار إنهم تصدقوا بصدقات محرمات موقوفات ، وكذلك وقف التابعون من بعد الصحابة ولم يرو أن أحداً رجع عن وقفه أو خاصم أحد من الورثة في وقف وقفه مُورثُه واعتقد إرثه إياه وجواز بيعه وملكه فصار هذا إجماعاً من الأمة .

فإن قالوا : " عمدتكم خبر عمر ، وليس فيه ان النبي ﷺ أذن له فيها فعل أو عرفه فرضيه ، وإنما هو فعل عمر بنفسه " .

قلنا : هذا محال ، وإنما سأل عمر رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ عن ذلك واستأمره فيما يفعله وَفَعَلَ ما فَعَلَ بإشارته ، وقد روى عبد العزيز [3] بن المطلب عن يحى بن سعيدعن نافع عن ابن عمر في هذه القصة قال : فقال له النبي ﷺ : (تصدق بثمره واحبس أصله لايباع ولايورث) . [4]

---

(١) المغني : ٨/١٨٥ .

(٢) رواه البيهقي في سننه : ٦/١٦١ ، باب الصدقات لمجرمات .
وهذا اللفظ يقتضي قطع الحقوق .

(٣) عبد العزيز بن المطلب بن عبد الله بن حنطب المخزومي أبو طالب المدني =

(٤) رواه البيهقي في سننه : ٦/١٦٠ ، باب الصدقات المحرمات ،والدارقطني في سننه : ٤/١٨٧ .

(=) صدوق ، من السابعة ، مات في خلافة المنصور ، روى له البخاري تعليقاً ، ومسلم والترمذي ، وابن ماجة . انظر التقريب ص ٢١٦ .

وهذا نص ان ما فعله عمر رضي الله عنه إنما أخذه من رسول الله ﷺ .

فإن قالوا : قد روى عن عمر انه قال : «لولا أني ذكرتُ صدقتي لرسول الله ﷺ لرددتها » .[1]

وهذا يدل على انه ما اعتقد اللزوم في الوقف الذي وقَفَه .

قلنا : هذا شئ رواه ابن شهاب منقطعاً عن عمر ، والمنقطع لايكون حجة فلا تترك الأخبار الصحيحة الثابتة في الباب بمثل هذا ، وعلى أنه يجوز أن يكون معناه ردّها إلى سبيل آخر من سبل الخير ، لأنه لايظن بعمر رضي الله عنه مع حرصه على الخيرات انه يفعل خيراً أو يشترط ما شرطه ثم يرجع عن ذلك الخير ويرده ، وقد كانت رغبتهم في الخير على الزيادة لا على النقصان .

وقد تعلق المخالفون بقول شريح "جاء محمد ص بإطلاق الحُبُس " .[2]

وبحديث عكرمة عن ابن عباس أن النبي ص قال : (لاحبس في فرائض الله).[3]

وبحديث عبد الله بن زيد بن عبد ربه انه أتى النبي ﷺ وقال : حائطي هذا صدقة ، وهو إلى الله ورسوله فجاء أبواه وقالا : انه كان قوام عيشنا فرده رسول الله ﷺ إليهما فلما ماتا ورثهما ابنهما[4] عبد الله بن زيد .[5]

---

(١) رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار : ٩٦/٤ .

(٢) رواه البيهقي في سننه : ١٦٢/٦ ، باب مَنْ قال لاحبس عن فرائض الله .

(٣) رواه البيهقي في سننه : ١٦٢/٦ من طريق الدارقطني .في سننه : ٦٨/٤

(٤) في المخطوط " مهما " ، والتصويب من سنن البيهقي .

(٥) رواه البيهقي في سننه : ١٦٣/٦، باب من قال : لاحبس عن فرائض الله .

الجواب :

أما الأول : فقوله : " جاء محمد بإطلاق الحبس " معناه التي كانت تفعلها الجاهلية مثل السوائب والحامي ، وما أشبه ذلك فجاء رسول الله ﷺ بإبطالها وردّها إلى أصحاب أملاكها ولاينبغي أن يكون معنى الحديث غير هذا ، لأن قوله : "باطلاق الحُبُس " يقتضي حُبُساً معهودة ، والتي كانت معهودة هي هـــذه الحُبُس التي كانت الجاهلية يعتادونها .

فأما الوقوف فإنما هي شرعية ولم يعرف فعلها من أهل الجاهلية ، فكيف يجئ محمد باطلاقها ؟ .

وأما الحديث الثاني :

رواه ابن لهيعة [(١)] عن أخيه عيسى [(٢)] بن لهيعة ، وأجمع أهل العلم بالرجال : انهما ضعيفان [(٣)] ولاتقوم بروايتهما حجة ، وإنما هذا شئ روى عن شريح أيضاً . [(٤)]

وعلى أن الوقف ليس بحبس عن فرائض الله ، لأن فرائض الله تعالى توجد بعد الموت ، فإذا وقف في حال الحياة ، فأين الحبس عن فرائض الله ؟

وأما الخبر الثالث :

فرواه أبو بكر بن عبد الله بن محمد بن عمرو بن حزم ، وهو لم يلق عبد الله بن زيد فيكون مرسلاً [(٥)] ثم يحتمل انه كان فرض أصل الصدقة إلى

---

(١) تقدمت ترجمته .

(٢) عيسى بن لهيعة له ترجمة في لسان الميزان : ٤٠٣/٤ .

(٣) قال الدارقطني بعد رواية الحديث " لم يسنده غير ابن لهيعة عن أخيه وهما ضعيفان " انظر : السنن : ٦٨/٤ .

(٤) انظر سنن البيهقي : ١٦٢/٦ .

(٥) رواه البيهقي في سننه : ١٦٢/٦ وقال " هذا مرسل ، أبو بكر بن حزم لم يدرك عبد الله بن زيد " . أهـ .

رسول الله ﷺ فرأى ﷺ ردّها إلى أبويه .

وأما الكلام من حيث المعنى :

فأعلم أن المعتمد السنة ، وقد وردت مورداً لايسع خلافها وفيها غنية عن القياس ، وان احتج محتج به فوجه ذلك التعلق بالمساجد فإن جعل الأرض مسجداً جائز بالإجماع ، والوقف بمثابة لأنه حبس أصل على نفعٍ عائدٍ على المسلمين .

ويمكن أن يقال : انه تحبيس أصلٍ وتسبيل ثمرةٍ مثل الوقف سواء وهذا لفظ روى عن النبي ﷺ انه قال ذلك لعمر حبس الأصل وسبل الثمرة ، وهو موجود في وقف الأراضي وبناء المساجد على وجه واحد ، ولأن الصدقة الجارية بعد الموت مطلوبة من قبل الشرع بدليل قال عليه السلام (إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلاّ من ثلاث : ولد صالح ، وعلم علّمه الناس، وصدقة جارية)[1] ولاتوجد صدقة جارية بعد الموت إلا الوقف ، ولأن الحاجة تدعو إلى بناء الرباطات والمدارس واتخاذ /١٦٩/أ السقايات ووقف المقابر على الموتى وغير ذلك للمسايلة والمسافرين والفقهاء من الغرباء والمجتازين على الطريق مثل ما توجد الحاجة إلى اتخاذ المساجد ، فإذا لم نجوّز مع عموم الحاجة أدّى إلى حرج عظيم ، والحرج مدفوع في الشرع ، بل الحاجة إلى إتخاذ الرباطات في المفاوز واتخاذ السقايات في الطرقات أكثر من اتخاذ المساجد ، لأن موضع النزول في المفاوز تعوز مالا يعوز موضع الصلاة.

وأما المخالف : ذهب إلى أن الوقوف مجراة على شرط الواقف ولو كان

---

(١) رواه الترمذي في سننه : ١٤٤/٦ مع العارضة ، باب الوقف .

يوجب زوال ملك الواقف بنفسهـا لم يجـر على شرطـه بعد زوال ملكـه كالمسجد حتى لو شرط في المسجد أن يصلي قوم دون قوم لايجوز .

قالوا : ولأنه ليس في لفظ الوقف ما يدل على زوال الملك ، وإنما الوقف لمعنىً الحبس ، والحبس لايدل على زوال الملك ، ولأن جواز الحبس بالوقف يؤدي الى تعطيل الأملاك فلا يجوز ، كما لاتجوز سوائب الجاهلية .

قالوا : وأما الحاجة التي قلتم فترتفع بفعل الوقوف على جهة الوصية وعندنا يجوز ذلك ، وهذا لأنه يلزم على جهة الوصية مالايلزم منجزاً في حال الحياة .

ألا ترى أن التبرع بالمنافع لايلزم في حال الحياة ويلزم بعد الموت وتجوز الوصية بثمرة البستان ونتاج المواشي بعد الموت ولايجوز في حال الحياة .

قالوا : أمّا المسجد فإتخاذ الأرض مسجداً إبطال الملك فيها فهو كتحرير العبد فيجوز مثله ، ومسألتنا بعيدة عن هذا ، لأن الوقف لايتضمن إبطال الملك في الموقوف فيكون الوقف في المعنى تمليك مجهول من مجهول أو معدوم من معدوم .

الجواب :

أما التمسك بالسنة مانع من التعلق بهذه الكلمات ، وهذا لأن المعاني إذا كانت ترد النصوص وَخَرَجَتْ عليها كانت باطلة مردودة ، وعلى أن في هذه المعاني ليس لهم كثير تعلق .

أما إجراء الوقف على شرط الواقف فليس ذلك بدليل على فساد الوقف بدليل ما لو أخرجه مخرج الوصية ويجري على شرطه ، وعلى أن ليس في إجرائه على شرطه إلاّ إثبات نوع ولاية له في الوقف .

ومثل هذا جائز في الشرع ، كما ثبت للمضحي من الولاية في الأضحية منعاً واعطاءً وادخاراً وقريً وغير ذلك ، وإن كانت الأضحية توجب زوال الملك ، وكذلك وجوب الزكاة يقتضي استحقاق إزالة الملك ، ومع ذلك ثبت له نوع ولاية فيها بتعيين المحال من الأصناف الثمانية ، ولأن عندنا إنما تجوز شروطه ما كانت مقرونة بأصل الوقف ، والأراضي عند الوقف على ملكه فتكون شروطه تصرفاً فيما يملكه فلم يمنع منه حتى لو وقف مطلقاً وجوّزنا لم يجز بعد ذلك منه شرط فيه ليجري عليه .

وأما قولهم : " **إن لفظ الوقف لايدل على زوال الملك** " .

قلنا : يتضمنه اقتضاءً وإن كان نصه لايدل عليه .

ومعنى قولنا : " أنه يتضمنه على طريق الإقتضاء " لأن صرف منافع الوقف إلى جهات معلومة بقصد القربة يقتضي زوال ملكه عن الأصل وإنفاقه على تلك الجهات ، لأنها إذا بقيت على ملكه تكون المنافع له فلا تنصرف إلى تلك الجهات فاقتضى الوقف زوال الملك ليصح الوقف " .

وأما قولهم : " **إن جواز الوقف يتضمن تعطيل الأملاك** " .

فليس كذلك ، لأن تعطيل الأملاك إنما يتحقق إذا لم يكن في الوقف غرض وفائدة مثل ما كان يفعله أهل الجاهلية ، فأما إذا كان حبس الأصل لفائدة إجراء الصدقة في المنافع والفوائد الحاصلة من هذا الأصل فإنه لايكون تعطيلاً للملك ولم يكن له شبه بسوائب الجاهلية .

وأما الإلزام بالوقف على جهة الوصية فإلزام متوجه .

وقولهم : " قد يلزم بعد الموت مالايلزم في حال الحياة " .

قلنا : الأصل في الوقف إزالة الملك عن هذا الأصل وإرصاد منافعه لجهة من الجهات تُصرف اليها ، وهذا الإرصاد تبع لزوال الملك ، وإزالة الملك عن الأصول لغرض صحيح يستوي فيها حال الحياة ، وحال الوفاة بدليل إتخاذ المسجد وعتق العبد وغير ذلك على ما سبق .

هذا نهاية الإمكان ، والمعتمد السنة التي ذكرناها .

والله تعالى أعلم بالصواب .

(كتاب الهبة)

/ مسألة : **١٦٩/ب**

الملك الواقع بالهبة ملك لازم لارجوع فيه للواهب إلاّ في الأب يهب لولده .(١)

وعندهم :

الملك الواقع به غير لازم ، وإنما يلزم بعارض دليل فإذا وهب يئاً لأجنبي فله أن يرجع فيها ما لم يعوّض وإن وهب لذي رحم محرم فلا رجوع له ، وكذلك إذا وهب أحد الزوجين لصاحبه .(٢)

لنا :

حديث عمرو بن شعيب عن طاووس عن ابن عباس ، وابن عمر عن النبي ص انه قال : (لا يحل للرجل أن يعطي عطية أو يهب هبة ويرجع منها إلاّ الوالد فيما يهب لولده)(٣) . وهذا نص في المسألتين .

قالوا : رواه حسين المعلم عن عمرو بن شعيب وقد كان مدلّساً .

قلنا : قد وثقه يحيى بن معين(٤) ، والتدليس إذا لم يكن في

---

(١) الأم : ٢٨٣/٣ ، ٢٨٤ ، مختصر المزني مع الأم : ١٢٢/٣ ، المهذب : ٥٨٣/١ ، النكت ورقه ١٨٣/ب ، ١٨٤/أ ، روضة الطالبين : ٣٧٩/٥ ، معالم السنن : ٨٠٩/٣ . وبه قال الحنابلة . انظر : المغني : ٢٧٧/٨ .

(٢) الأسرار : ١٩٠/١/أ (مرادملا) ، مختصر الطحاوي ص ١٣٨ ، ١٣٩ ، مختصر القدوري مع الجوهرة : ٤٢٣/١ ـ ٤٢٥ ، المبسوط : ٥٣/١٢ ، رؤوس المسائل ص ٥٥٠ ، إيثار الانصاف ص ٢٨٢ .

(٣) رواه الترمذي في سننه : ٢٦٤/٨ مع العارضه وقال : حديث حسن ، باب ما جاء في كراهية الرجوع في الهبة .
وأبو داود في سننه : ٨٠٨/٣ مع المعالم ، باب الرجوع في الهبة .==

(٤) انظر تهذيب التهذيب : ٣٣٨/٢ ، سنن الدارقطني : ٤٢/٣ .

عامة روايات الرجل لايقدح في روايته .

قالوا : روى هذا الخبر ابن جريج عن الحسن [1] بن مسلم عن طاووس مرسلاً . [2]

وهذا هو الأصح ، والمرسل لايكون حجة " .

قلنا : رواه مسنداً أبو داود في سننه [3] ، وما يرويه حجة .

فإن قيل : يحمل الخبر على الكراهية ، وعندنا نكره للواهب أن يرجع في هبته إلا الوالد عند الحاجة لانكره له ذلك فقد قلنا بموجب الخبر .

والجواب : أن ظاهر النهي للتحريم إلاّ أن يقوم دليل ، فأما استثناء الوالد فلا يستقيم عندهم بحال في المحل الذي ورد فيه الحديث ، لأن الإستثناء في الرجوع ، وإذا وجدت الحاجة فلا رجوع وإنما هو أخذ ماله بسبب الحاجة بقيام الدليل عليه مثل ما يأخذ سائر أمواله إذا احتاج إليها ، ونحتج في جانب الوالد على الخصوص بحديث الزهري عن حميد [4] بن عبد الرحمن عن النعمان بن بشير أن أباه نحله غلاماً له ، فأتى النبي ﷺ يشهده

(=) وابن ماجه في سننه : ٧٩٥/٢ ، باب مَنْ أعطى ولده ثم رجع فيه . والإمام أحمد في المسند : ٧٨/٢ . والدارقطني في سننه : ٤٢/٣ ، ٤٣ .

(١) الحسن بن مسلم نيّاق المكي ، ثقة ، من الخامسة ، ومات قديماً بعد المائة بقليل ، روى له البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي وابن ماجة . انظر التقريب ص : ٧٢ .

(٢) رواه عبد الرزاق في مصنفه : ١١٠/٩ ، والدارقطني في سننه : ٤٣/٣ .

(٣) سنن أبي داود : ٨٠٨/٣ ، ٨٠٩ مع المعالم .

(٤) حميد بن عبد الرحمن بن عوف الزهري أبو إبراهيم ويقال : أبو عبد الرحمن ويقال : أبوعثمان المدني ، ثقة ، مات سنة ٩٥هـ ، وسنّه (٧٣) سنة . انظر تهذيب التهذيب : ٤٥/٣ . روى له أصحاب الكتب الستة .

عليه فقال : أكل ولدك نحلته هذا ؟ قال : لا ، قال : فاردده .
وفي رواية " فارتجعه " [١] ، وفي رواية " فرد أبي تلك الصدقة " . [٢]
فإن قالوا : يحتمل انه لم يكن سَلّم إليه " .

قلنا : هذا لايصح ، لأنالنعمان بن بشير كان صغيراً في زمان النبي ﷺ ، . وقيل : إنه كان ابن عشر سنين عند وفاة النبي ﷺ ، وعندكُم مَنْ وهب لابنه الصغير شيئاً يصير مسلماً إليه بنفس العقد ، ولأنه قال : " فارتجعه " . والإرتجاع : يكون بعد التسليم .

والمعنى : ان الهبة عقد تمليك فإذا تمّ به الملك لم يجز للمالك الرجوع فيه بنفسه .

دليله : البيع .

والفقه : ان العقد إذا تم مفيداً لحكمه فلا يجوز لأحد المتعاقدين فسخه ونقضه إلاّ بسبب جديد ولا سبب سوى العقد والعقد لايكون سبباً لنقضه ، لأن الشئ لايوجب ضده . ولأن الرجوع ردّ ملك الموهوب له ، وردّ ملك الموهوب له تصرف عليه ولا ولاية له عليه حتى يتصرف في رد ملكه .

وقد قال بعض أصحابنا : " ان الملك بالهبة شبيه الملك بالمواريث فلا يرد "

---

(١) رواه البخاري في صحيحه : ٢١١/٥ ، مع الفتح ، باب الإشهاد على الهبة .
ومسلم في صحيحه : ٦٥/١١ ، ٦٦ مع النووي ، باب كراهية تفصيل بعض الأولاد في الهبة .
وأبو داود في سننه : ٨١١/٣ ، ٨١٢ ، مع المعالم ، باب في الرجل يفضل بعض ولده في النحل .
والإمام أحمد في مسنده : ٢٦٨/٤ ، والدارقطني في سننه : ٤٢/٣ .

(٢) في صحيحه البخاري قال : " فرجع فردّ عطيته " ٢١١/٥ مع الفتح .

وليس هذا بشئ ، لأن الملك بالميراث يثبت شرعاً فلا يقبل الردّ ، والملك في مسألتنا يثبت بالعقد ، والعقد يقبل الفسخ لأن ما يعقد يُحلّ ، ولهذا لو تراضيا على فسخه ورد الملك إلى الواهب جاز .

وأما رجوع الوالد فيحال به على النص هذا هو الصحيح ، وليس فيه معنى يمكن الإعتماد عليه .

والذي قالوا : انه وهب كسبه لكسبه " فليس تحته معنى ولو كان كذلك لم يجز العقد أصلاً ، كما لو وهب لغلامه شيئاً ."

والذي قالوا : إن للوالد حقاً في مال ولده " .فليس فيه دليل أيضاً على جواز الرجوع ، لأن ذلك الحق إن ثبت لايظهر عمله إلاّ في موضع خاص وهو جواز الإستيلاد فأما في غيره من الأحكام فلا عمل له فيه أصلاً .

وأما حجتهم :

قالوا : روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال : (الواهب أحق بهبته ما لم يثبْ منها) .[1]

قالوا : وقوله " أحق " يقتضي ثبوت حق للموهوب له وثبوت حق للواهب ثم تقديم حق الواهب على الموهوب له ، وذلك لايكون إلا بعد أن يهب ويسلم . قالوا : وروي عن علي وعمر أنهما قالا :" فيمن وهب لذي رحم محرم له لارجوع له " .[2]

---

(١) رواه الدارقطني في سننه : ٤٤/٣ .
وابن ماجة في سننه : ٧٩٨/٢ ، باب مَنْ وهب هبة رجاء ثوابها .

(٢) رواه مالك في الموطأ : ١١٠/٦ مع المنتقى ، باب القضاء في الهبة (عن عمر) .
وذكره ابن قدامة في المغني : ٢٦٤/٨ .
واستدل به الدبوسي في أسراره : ١/١٩٠/أ (مراد ملا) .

وربما يسندون إلى النبي ﷺ .[1]

قالوا : ولأن المقصود تخلّف في الهبة للأجنبي إذا فات العوض وفوات المقصود يثبت حق الفسخ للعاقد إذا كان العقد يقبل الفسخ .

دليله : المشتري إذا وجد بالمبيع عيباً ، فإن السلامة لما كانت مقصودة وفاتت بوجود العيب يثبت حق الفسخ ، وإنما قلنا إن المقصود تخلّف ، لأن العوض مقصود في الهبة بدليل قوله تعالى (**وَإِذَا حُيِّيتُم بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا**)[2] وهذه الآية في الهبة أظهر منها في السلام ، لأن الرد للشئ يقتضي أن يرد ذلك الشئ بعينه ، وهذا يتصور في الهبة فأما في السلام فلا ، لأن رد / السلام مقابلته **١٧٠/أ** بمثله لا ردّ بعينه .

وقال عليه الصلاة والسلام : (مَنْ اصطنع عندكم معروفاً ـ يعني اليكم ـ فكافئوه ، فإن لم تجدوا ما تكافئونه فادعوا له حتى تعلموا أنكم قد كافئتموه)[3]

ولأن المعروف بالمال يسمي قرضاً ، والقرض يقتضي الجزاء وقد قال لبيد :[4]

وإذا جُوزِيت قَرْضاً فاجْزِهِ   إنما يجزي الفتى ليسَ الجَمَلْ

ويقال : الأيادي قروض ، وبهذا الطريق سميت الصدقة قرضاً لأنها تقابل بمثلها ، ولأن في عادة عامة الناس إنما يطلب من الهبات محض الثواب ،

---

(١) رواه الدارقطني في سننه : ٣/٤٤ ، وقال : تفرد به عبد الله بن جعفر .

(٢) سورة النساء آية (٨٦) .

(٣) رواه أبو داود في سننه : ٢/٣١٠ مع المعالم ، باب عطية من سأل بالله .

(٤) انظر ديوانه ص ١٧٩ .

ألا ترى أن الإنسان إذا عدّ منّة على الإنسان يعدّ منها اعطاه إياه من المال ثم عدم تعويضه منّة .

قالوا : ولايجوز أن يقال : إن المطلوب هو التودد والتحبب واستجلاب الشكر والثناء ، لأن هذه عادة أهل الكرم والجود ، فأما عادة أهل البخل واللوم فنفس المال مقصود ، وكذلك يقصدون الثواب ، والمعتبر عادة عامة الناس وعامّة عادتهم طلب الثواب .

وأما مَنْ يطلب التودد والتحبب فنادر بين الناس فلا يعتبر .

قالوا : وأما إذا وهب لذي رحم محرم فإنما سقط الرجوع لإتصال المقصود بالهبة وهو صلة الرحم ، فصار كما لو وهب من أجنبي وعُوِّض منه .

قالوا : وكذلك إذا وهب أحد الزوجين لصاحبه قد اتصل به المقصود وهو طلب المودة والمحبة . (١)

الجواب :

أما الخبر الأول : فقد رواه إبراهيم بن اسماعيل بن مجمع . (٢)

قال أبو نعيم : لاتساوي روايته فلسين . (٣)

وقال يحيى وأبو حاتم : هو ضعيف . (٤)

وقال أبو زرعة : يكتب حديثه ولايحتج به . (٥)

---

(١) ذكر هذه الإستدلالات الدبوسي في أسراره : ١/١٩٠/أ، ب مراد ملا) .

(٢) ابراهيم بن إسماعيل بن مجمع الأنصاري أبو اسحاق المدني ، ضعيف من السابعة ، روى له البخاري تعليقاً ، وابن ماجة . انظر التقريب : ص ١٩ .

(٣) انظر تهذيب التهذيب : ١/١٠٥ .

(٤) انظر : تهذيب التهذيب : ١/١٠٥ .

(٥) المرجع السابق .

ورواه عن عمرو بن دينار عن أبي هريرة [١] ، وعمرو بن دينار لم يلق . [٢]

وأما الذي نقلوا عن عمر [٣] وعلي فلا يعرف ، وإنما رُوي مثل مازعمه أبو حنيفة في ذوى المحارم عن عبيد الله [٤] بن الحسن العنبري فحسب .

وقد نقل أصحابنا مثل قول الشافعي عن عمر وابن عباس وابن عمر . [٥]

والذي اسندوه إلى الرسول نقطع انه باطل . [٦]

وقد روى قتادة [٧] عن ابن المسيب عن ابن عباس ان النبي ﷺ قال : (العائد في هبته كالعائد في قيئه) .

قال همام [٨] : قال قتادة : ولانعلم القئ إلاّ حراماً " . [٩]

---

(١) انظر سنن الدارقطني : ٤٣/٣ ، ٤٤ .

(٢) كذا في المخطوط ولعله " يلقه " .
قال ابن حجر في تهذيب التهذيب نقلاً عن ابن أبي حاتم عن أبي زرعة انه " لم يسمع من أبي هريرة " . انظر تهذيب التهذيب : ٨/ ٣٠.

(٣) أما قول عمر فقد سبق تخريجه في أول المسألة وما قول علي فلم أقف عليه .

(٤) عبيد الله بن الحسن العنبري البصري قاضيها ، ثقة ، فقيه ، لكن عابوا عليه مسألة تكافؤ الأدلة ، من السابعة ، مات سنة ٦٢ ، وليس له عند مسلم سوى موضع واحد في الجنائز ، روى له مسلم وأبو داود في الناسخ والمنسوخ . انظر التقريب ص ٢٢٤ .

(٥) ذكر ذلك الشيرازي في النكت ورقه ١٨٣/ب .

(٦) انظر سنن الدراقطني : ٤٣/٣ ، وقال بعد سياق الحديث : " لايثبت مرفوعاً " .

(٧) أي قتادة بن دعامة السدوسي وقد سبقت ترجمته في : ١٨٢/١ من الإصطلام .

(٨) همام بن يحيى بن دينار العَوْذي (بفتح المهملة وسكون الواو وكسر المعجمة) ، أبو عبد الله ، أو أبو بكر البصري ، ثقة ـ ربما وهم ـ من السابعة ، مات سنة ١٥٤هـ روى له أصحاب الكتب الستة . انظر التقريب : ص ٣٦٥ .

(٩) رواه البخاري في صحيحه : ٢٣٤/٥ مع الفتح ، باب لايحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته .
ومسلم في صحيحه : ٦٤/١١ مع النووي ، باب تحريم الرجوع في الصدقة والهبة .

وأما المعنى الذي تعلقوا به .

وقولهم : " **انه عقد تخلّف عنه مقصوده** " .

قلنا : ليس كذلك ، لأن الأحكام مقاصد العقود ، وقد اتصل به حكمه في مسألتنا وهو الملك ، وفي المبيع إذا وجد معيباً إنما يرده باعتبار فوات جزء من المبيع على ما عرف .

والمعتبر من الجواب ان الهبة غير معقود لطلب العوض إنما هي تبرع بالملك على الغير أو محض إفضالٍ وإحسانٍ مع الغير .

قالوا : العاقل لايفعل سبباً إلاّ لنفعٍ يصل إليه ، فأيش نفع الواهب ؟ .

قلنا : الذكر الجميل ، والثناء الحسن ، واكتساب المودة والمحبة في قلوب الناس ، واصطناع المعروف ، وهذا لأن فعل المعروف مدعواً إليه لعينه ، والإفضال إلى الناس حسن في الطباع لنفسه .

ويقال لهم : اعتبار عادة الكرام أولى من اعتبار عادة الأخسّة .

وقولهم : " ان أهل الكرم قد قلّوا " .

قلنا : لما قلّ أهل الكرم فقد قلّت المكارم أيضاً ، وأهل الفضل نادر ، والإفضال نادر ، فهو نادر من نادر ، وعلى أنه كان ينبغي أن يقال : انه إذا وَهَبَ مَنْ يعلم انه يقصد بهبته محض الإفضال لايرجع ، وإذا وَهَبَ مَنْ يعلم انه يقصد التعويض يرجع إذا لم يعوّض ، فهذا هو الأولى بهذا الطريق الذي اعتبروه، وأيضاً إذا كان التعويض مطلوباً في

(=) وأبو ادود في سننه : ٨٠٨/٣ مع المعالم ، باب الرجوع في الهبة .
وابن ماجة في سننه : ٧٩٧/٢ ، باب الرجوع في الهبة .

العادة والمعتاد بمنزلة المشروط فينبغي أن يكون حكم كل الهبات حكم الهبة بعوضٍ فيأخذ حكم البياعات .

وعندهم : ان الهبة بشرط العوض تنعقد هبة وتتم معاوضةً حتى تجب فيه الشفعة ويرد به العيب ، فاجعلوا هذا حكم جميع الهبات .

فإن قالوا : ان هذا في العوض المصرح به " .

قلنا : المعهود عرفاً كالمصرح به .

دليله : مسألة نقد البلد .

فإن قالوا : ان العوض هناك معلوم ، وههنا مجهول " .

قلنا : فاجعلوا الهبه بعوضٍ مجهولٍ بمنزلة البيع الفاسد ووفروا عليه احكامه ، فهذه وجوه معتمدة في الجواب عن طريقتهم .

وقد قال الأصحاب : انه لو كان المقصود عرفاً معتبراً وجب أن لايسقط الرجوع إلاّ إذا كان العوض أكثر من الموهوب لأن المعتاد انه يُوهبُ الشئ لطلب ما هو أكثر منه ، وحين سقط الرجوع بالعوض اليسير دل ان العرف ساقط وهم يقولون على هذا إنما سقط الرجوع في الهبة التي قلتم لرضا الواهب بالسقوط حين قبل العوض اليسير ..... [1] ينبغي أن لايرضى به ولايقبله حتى لو رضى / بشكره وثنائه عند الناس فإنه ١٧٠/ب يسقط رجوعه أيضاً ، أورده بعضهم .

وما قدمنا من الأجوبة كافٍ .

وأما قولهم : " ان في هبة ذوي الأرحام اتصل بها مقصودها " .

قد دخل الجواب عن هذا فيما قدمنا ، وعلي أنه إذا وَهَبَ لجاره أو

---

(١) في المخطوط الكلمة غير واضحة .

لابن عمه فإنه يرجع عندكم وان اتصل بها المقصود من صلة الجار وابن العم .

وقد قال أبو حنيفة [1] :لو وهب لعبد أخيه يرجع ، وقد اتصل به المقصود من صلة الأخ ، فإن الملك يقع له .



(١) انظر : الأسرار ١/١٩١/أ (مراد ملا) .

(مسألة)

هبة المشاع صحيحة موجبة للملك عند اتصال القبض بها سواء كانت فيما يحتمل القسمة أو فيما لايحتمل القسمة .[1]

وعندهم : يوجب الملك في المشاع الذي لايحتمل القسمة ولايوجبه في المشاع الذي يحتمل القسمة .[2]

لنا :

ان الهبة عقد تمليك فصح في المشاع موجباً لحكمه .

دليله : البيع ، وهذا لأنها لما كانت عقد تمليك فصحته بصدره من أهله في محله ، ومعلوم أن الواهب من أهل الهبة .

وأما وجود المحل : فإن الهبة لما كانت عقد تمليك فما يكون محل الملك يكون محل الهبة .

ونقول أيضاً : أن الهبة عقد شرعي مشروط بشرط ، والعقد في المشاع منعقد ، أما عندنا فظاهر ، وعندهم : فلأنه لو وهب نصف دار ثم حسم وسلّم فإنه يجوز ويملكه الموهوب له ، ولايحتاج إلى تحديد الهبة ، فدل أن العقد في المشاع قد وُجِدَ وانعقد .

---

(١) الأم : ٢٨٤/٣ ، المهذب : ٥٨٣/١ ، النكت ورقه ١٨٣/أ ، روضة الطالبين : ٣٧٦/٥ ، معالم السنن : ٨٠٩/٣ .
وبه قال الحنابلة . انظر : المغني : ٢٤٧/٨ .

(٢) الأسرار ١٨٦/١/أ (مراد ملا) ، مختصر الطحاوي ص ١٣٩ ، مختصر القدوري : ٤٢٠/١ (مع الجوهرة) ، إيثار الأنصاف ص ٢٨٠ .

يبينه : انه إذا كان هذا النصف محل العقد والعقد لايُعني لعينه إنما يُعني لحكمه فوجب أن يكون محل حكمه ، لأنه لايتصور أن مالايكون محل حكم العقد يكون محل العقد .

وأما الشرط فهو التسليم وقد وُجِدَ في المشاع حسب مايوجد في المفرز .

والدليل عليه : الحسّ والعيان فإنه لو وهب منه نصف الثوب وسلّم الثوب إليه فقد حصل الجزء الشائع في قبضه قطعاً .

وأما من حيث الحكم : فالدليل عليه : القبض في عقود المعاوضات فإنه صحيح في المشاع مفيد حكمه، ويلزم البيع الفاسد على أصلهم وصورته : لو باع شقصاً بيعاً فاسداً من إنسانٍ وسَلّم إليه ملكه عندهم وهو نظير الهبة من أصولهم ، فإن العقد بنفسه لايفيد الملك في الموضعين ما لم يتصل به القبض ومع ذلك حكموا بالملك في الصورة المذكورة وهذا في نهاية الإلزام .

وأما حجتهم :

تعلقوا بقول أبي بكر الصديق لعائشة رضي الله عنهما حين نحلها أوساقاً [١] من التمر بالعالية ، وأنكِ لم تكوني حُزتيه ولا قبضتيه ، وإنما هو اليوم مال الوارث " . [٢]

---

(١) الوسق : ستون صاعاً بصاع النبي ص ، والصاع : خمسة أرطال وثلث ، وجمعه أوساق . انظر المصباح المنير مادة (وسق) .

(٢) رواه الإمام مالك في الموطأ : ٩٣/٦ مع المنتقى ، باب مالايجوز من النحل .

والبيهقي في سننه : ١٧٠/٦ ، ١٧٨ ، باب شرط القبض في الهبة ، وباب ما يستدل به على أن أمره بالتسوية بينهم في العطية .

قالوا : والحيازة عبارة عن القسمة ، لأن الحيازة هي جمع الشئ في حيّز ، والمشاع متفرق فبالقسمة يجمع في حيّز واحد .

دل أن الحيازة : عبارة عن القسمة .

ورووا أيضاً عن جماعة من الصحابة [١] أنهم قالوا : لاتصح الهبة إلاّ محوزة مقبوضة .

وقد عبّروا عن ما قلناه وقالوا : الحيازة جمع الشئ المتفرق . [٢]

قال الشاعر :

كقابض ماءٍ لم تحُزْهُ أناملُه

أيّ لايجتمع ذلك ، والقسمة جمع الاجزاء الشائعة ، لأنها إفراز وإنما يفرز النصيبان بحيّزين ، وذلك إذا اجتمعت هذه الأجزاء في هذا الحيّز وهذه الأجزاء في هذا الحيّز .

قالوا : ولأن الهبة لاتوجب الملك إلاّ بقبضٍ وهو بمنزلة القبول في باب الشراء ، وتمام القبض في مشاعٍ يحتمل القسمة بالقسمة فلا يقع الملك قبلها لعدم تمام الملك ، كما إذا لم يتم القبول في البيع من المشترى لايقع به الملك .

---

(١) ذكر ذلك ابن قدامة في المغني عن أبي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم . انظر المغني : ٨/٢٤٥ .

(٢) البيت لضابئ بن الحارث البرجمي وصدره :

فإني وأيّاكُمْ وشوقاً إليكُمْ ... كقابض ماءٍ لم تَسِقْهُ أناملُهْ

ذكره في اللسان في مادة (وسق) ، وفي الخزانة للبغدادي : ٩/٣٢٧ (تُطِعْهُ أناملُهْ)

والدليل على أن تمام القبض بالقسمة ان القبض عبارة عن الحيازة باليد ، وتمام الحيازة بالقسمة ، لأنها كإسمها إفراز في مكانٍ ولا سبيل إلى ذلك إلاّ بالإجتماع ولا اجتماع إلاّ بالحيازة ، ولأنا بيّنا انها عبارة عن الحيازة فدل أن تمام القبض بالقسمة .

ويدل من حيث الحكم أن مَنْ اشترى شقصاً يملك أن يطالب البائع بالقسمة قبل القبض ، والأصل ان المشتري لايطالب البائع قبل القبض إلاّ بالتسليم .

ويدل عليه : ان المشتري للشقص إذا قاسم مع البائع ليس للشفيع أن ينقضه / إنما لم ينقضها لأنها قبض ألا ترى انه لو كان **١٧١/أ** تصرفاً آخر يبطله .

قالوا : وليس يلزم هبة المشاع فيما لايحتمل القسمة ، لأنه إذا لم يحتمل القسمة فلا قبض فيه أكثر من التخلي به شائعاً إذا لاتتصور فيه الحيازة التي قلناها فسقط ما ورائه وجعل هذا قبضاً تاماً لعذر العجز فيما سواه .

قالوا : ولايلزم البيع الفاسد في الشقص حيث يجب الملك فيه بالتسليم لأن سبب الملك هو العقد في البيع الفاسد ، لأنه بيع وإنما القبض شرط فإذا لم يكن الملك بالقبض لم يُعتبر تمامه ، وفي مسألتنا الملك واقع بالقبض ، لأنه تبرع فاعتبر تمامه .

وقد سلكوا طريقة أخرى فقالوا : لو جوّز الهبة في المشاع الذي يحتمل القسمة يؤدي إلى إيجاب الضمان على المتبرع في عين ما تبرع به وهذا لايجوز .

وعنوا ضمان القسمة وقاسوا على ضمان التسليم .

وحرفهم في هذه الطريقة : أن الهبة عقد تبرع بما ليس عليه فلا يلزمه حق كان ثابتاً له قبل الهبة إلاّ أن يتبرع به باختياره .

قالوا : وليس يلزم هبة النصف من الشركة ، لأن الشيوع عندنا يمنع الملك في الهبة لمعنىً ثم أدير الحكم على الشيوع لا على ذلك المعنى كالسفر يفيد الرخصة لمعنى المشقة ثم يدار الحكم على السفر لا على المشقة .

الجواب :

أما أخبار الصحابة فالمراد من لفظ " الحيازة " هو القبض ، وقد وجد القبض في المشاع .

وقولهم " **إن تمام القبض لم يوجد** " .

لايصح ، بل وُجِدَ تاماً ، لأن القبض شئ حسّي فإذا وُجِدَ لم يتصور نقصانه ولا الزيادة عليه كسائر الأفعال الحسّية .

وهذا لأن القبض حقيقة تحصيل الشئ في يده ، والقسمة إفراز نصيب من نصيب وهما شيئان مختلفان حقيقة فلا يكون أحدهما بمعنى الآخر .

وقولهم " ان القبض حيازة ، والحيازة جمع الأجزاء المفرقة " .

قلنا : بلى ، الحيازة جمع الشئ ، ولكن هو جمع الشئ بتحصيله في يده واحتوائه عليه قبضاً ، فأما إفراز إفراز هذا المقبوض عن شئ آخر فليس من التحصيل من اليد في شئ .

ويقال لهم : من حيث التصور الحسّي إذا باع نصف ثوب من إنسانٍ وسلم الثوب إليه فأنا نعلم قطعاً أن الجزء المشاع قد حصل في يده إلاّ أنه مع جزء آخر لايتميز عنه ، فإذا مُيّر عن ذلك الجزء والقسمة محض إفراز فعلى أيّ وجهٍ ازداد القبض في ذلك الجزء المشائع ؟ وكيف يتصور أن

يكون تمييز مختلطين في يده زيادة في إثبات يده على شئٍ من أجزاء العين ؟ فتبين أن ما قالوه كلام غير معقول .

وأما دليلهم على هذا من هذا الحكم " فليس بشئ " .

أما القسمة قبل القبض إن قلنا تمليك لايجوز ، وإن قلنا محض إفراز جاز ، لأنه ليس في عدم القبض معنىً يمنع من الإفراز .

وأما مسألة الشفعة : فليس ينقض الشفيع كل تصرفٍ يفعله المشتري كالبناء عندنا ، والزراعة عندكم ، وهذا لأنه إنما ينقض من التصرفات ما يمنع حقه ، والقسمة ليست بتصرفٍ يمنع حق الشفيع حتى يبطله الشفيع فيدخل على هذه الطريقة بيع الشقص بيعاً فاسداً فأن عندهم يملك الشقص بالقبض ولو لم يكن تاماً لم يملكه .

وقولهم " ان الملك هناك بالعقد وههنا بالقبض " .

قلنا : وفي الهبة بالعقد ، لأن الهبة إيجاب الملك والموجب للملك عقد إيجاب الملك ، والقبض يكون شرطاً لضعف العقد مثل البيع الفاسد عندهم شرط القبض فيه لإفادة الملك لضعف العقد .

وأما الطريقة الثانية :

قلنا : نقول بطريق المجادلة : أن القسمة باختياره للطلب ، ومتى دخل اختيار مختارٍ على سبب قطع حكم السبب بدليل مسألة فتح القفص على الطائر على أصلهم ، ثم تبطل هذه الطريقة معنى بهبة المشاع من الشريك فإنه لايجوز عندكم وضمان القسمة منتفٍ ، وعذرهم باطل ، لأنه لو كان المعنى ما قالوه وجب أن لاتجوز الهبة في المشاع الذي لايحتمل القسمة ويدور الحكم على الإشاعة ، ويدخل القرض أيضاً على جميع ما يقولونه ، فإن عندهم يصح القرض في المشاع وإن كان تبرعاً .

وصورة الإلزام هي مسألة نصوا عليها ، وذلك إذا دفع ألف درهم إلى إنسان ليكون نصفه قراضاً ونصفه قرضاً .

قالوا : يجوز وهو اثبات القرض في المشاع ، وإذا صح في القرض فتكون الهبة مثله .

ثم الجواب فقهاً : ان الموجب للقسمة هو اختلاط الملكين ليس هو نفس الملك .

فإن قالوا : إن الملك علة الإختلاط فينسب الحكم إلى علة العلة كما ذكروا في مسألة شراء / القريب . **١٧١/ب**

قلنا : نسبة الحكم إلى علة العلة يؤدي إلى مالايتناهي وما من شئ إلا له علة ومالايتناهي يقطع ، وعلى ان المعنى المخيل في وجوب القسمة اختلاط الملكين دون أصل الملك فيحال بالقسمة على الإختلاط لا على ما قالوه . والله أعلم بالصواب .



(مسألة اللقطة)

جهة اللقطة بعد تعريفها سنةً جهة التملك بشرط الضمان حتى يجوز للغني والفقير جميعاً .[1]

وعندهم : جهتها جهة الصدقة حتى يجوز للفقير دون الغني .

قالوا : فإذا تصدق إذا كان غنياً أو استنفق على جهة الصدقة إذا كان فقيراً ثم ظهر المالك خيّره بين الأجر والضمان .[2]

لنــــا :

حديث مالك عن[3] ربيعة[4] عن يزيد[5] مولى المُنْبِعث عن زيد بن خالد الجهني انه قال جاء رجل إلى النبي ﷺ فسأله عن اللقطة فقال : (اعرف

---

(١) المهـذب : ١/٥٦١ ، النكت ورقـه ١٨٠/أ ، شـرح النووي على مـسلم : ١٢/٢٨ .

وبه قال أحمد واسحاق بن راهويه ، انظر معالم السنن : ١/٣٢٩ ، شرح السنة للبغوي : ٨/٣١٠ .

(٢) الأسرار : ١/١٨٤/أ (مراد ملا) .

(٣) في المخطوط (ابن) والتصويب من صحيح البخاري ومن موطأ مالك .

(٤) ربيعة بن عبد الرحمن التيمي مولاهم أبو عثمان المدني المعروف بربيعة الرأي واسم أبيه فروخ ، ثقة ، فقيه مشهور ، من الخامسة ، مات سنة ١٣٢هـ ، وقيل سنة ١٤٢هـ .

روى له أصحاب الكتب الستة . انظر التقريب : ص ١٠٢ .

(٥) يزيد مولى المُنْبِعث بضم الميم وسكون النون ، مدني صدوق ، من الثالثة ، روى له أصحاب الستة . انظر التقريب : ص ٣٨٥ .

عفاصها[1] ووكاءها ثم عرفها سنة فإن جاء صاحبها وإلاّ فشأنك بها ، قال : فضالّة الغنم ، قال : هي لك أو لأخيك أو للذئب ... قال : 'الابل ، قال : مالك ولها ، معها سقاءها وحذاءها ترد الماء وتأكل الشجر ، دعها حتى يلقاها ربها) .

وفي رواية (وإلاّ فاستنفقها فإن جاء ربها فأدّها إليه) .

يعني الضمان ، والخبر في الصحيحين .[2]

ويدل عليه : (حديث أبيّ بن كعب انه وجده صُرةً فيها مائة دينار فأمره النبي عليه السلام أن يعرفها ثلاثة أحوال) .

وفي رواية " حولاً " فعرّفها فلم يجد صاحبها فقال : اعرف عددها ووعاءها ووكاءها فإن جاء صاحبها وإلاّ فاستمتع بها) ذكره البخاري في صحيحه .[3]

---

(١) عفاصها : العِفاص : الوعاء الذي تكون فيه النفقة من جلد أو خرقة ، أو غير ذلك .
انظر المصباح المنير مادة (عفص) .

(٢) رواه البخاري في صحيحه : ٨٤/٥ مع الفتح ، باب إذا لم يوجد صاحب اللقطه بعد سنه فهي لمن وجدها .
ومسلم في صحيحه : ٢٠/١٢ مع النووي ، كتاب اللقطة .
ومالك في الموطأ : ١٣٤/٦ مع المنتقى ، باب القضاء في اللقطة .
وأبو داود في سننه : ٣٣١/٢ مع المعالم ، كتاب اللقطة .
والترمذي في سننه : ١٣٦/٦ مع العارضة ، باب ما جاء في اللقطة ، وضالة الأبل والغنم .
وابن ماجه في سننه : ٨٣٧/٢ ، ٨٣٨ ، باب ضاله الابل والغنم .

(٣) انظر صحيح البخاري :٧٨/٥ مع الفتح، باب إذا أخبره رب اللقطة بالعلامة =

وروى عطاء بن يسار أن علياً وجد ديناراً فذكر ذلك للنبي عليه السلام فأمره أن يعرّفه ، فلم يُعرفْ فأمره أن يأكله ثم جاء صاحبه فأمره أن يغرمه) .[1]

والإستدلال بهذه الأخبار ظاهر .

أما الخبر الأول : قال : " فشأنك بها " ، ولم يفصل بين الغني والفقير .

وأما الخبر الثاني : فقد كان أبيّ بن كعب من مياسير أهل المدينة[2] وأكاسرهم قاله الشافعي .

وأما الخبر الثالث : فلأن علياً كان من بني هاشم ، والصدقة محرمة عليهم فلو كانت جهة اللقطة جهة الصدقة لمنعه من أكلها لا أن يُطلق له ذلك .

(=) دفع اليه .
ومسلم في صحيحه : ٢٦/١٢ مع النووي ، كتاب اللقطة .
وأبو داود في سننه : ٣٢٩/٢ مع المعالم ، كتاب اللقطة .
والترمذي في سننه : ١٤١/٦ ، باب ما جاء في اللقطة ، وضالة الإبل والغنم .
وابن ماجة في سننه : ٨٣٨/٢ .
وأحمد في المسند : ١٢٦/٥ ، ١٢٧ ، ١٤٣ .

(١) رواه البيهقي في سننه : ١٨٧/٦ ، كتاب اللقطة .
وأبو داود في سننه : ٣٣٧/٢ ، ٣٣٨ مع المعالم عن عبد الله بن مقسم عن رجل عن أبي سعيد الخدري .
وذكره الخطابي في المعالم : ٣٣١/١ .

(٢) قاله الخطابي في المعالم : ٣٢٩/١ .

قالوا : أما الخبر الأول : فيحتمل أن ذلك وارد في حق الفقير .

وأما الخبر الثاني : فقد كان أبيّ بن كعب من فقراء أصحاب النبي ﷺ ، روى أن أبا طلحة أراد أن يتصدق بحائط له فقال له النبي عليه السلام : (تصدق على فقراء قرابتك أُبي وحسان) .[1]

ويدل عليه : أن في بعض روايات ذلك الحديث ان النبي عليه السلام قال : (أنفقها فإنك ذو حاجة) .

وأما الخبر الثالث : فقد كان عليٌّ فقيراً ، وقولكم (ان الصدقة لاتحل لبني هاشم ، قال : قد كان الصدقة تصوعاً ، وصدقة التصوع تحل لبني هاشم) .

وروى مثل مذهبهم عن علي[2] وابن عباس .[3]

قالوا : وروى عامر[4] عن أبيه[5] عن عبد الله انه اشترى

---

(١) رواه البخاري في صحيحه : ٣٧٩/٥ مع الفتح ، باب إذا وقف وأوصى لأقاربه .
ومسلم في صحيحه : ٨٥/٨ مع النووي ، باب فضل النفقة والصدقة على الأقربين

(٢) انظر سنن البيهقي : ١٨٨/٦ ، الأسرار : ١٨٤/١/ب (مراد ملا) .

(٣) ذكره البغوي في شرح السنة : ٣١٠/٨، الأسرار : ١٨٤/١/ب مرادملا .

(٤) عامر بن شقيق بن جمرة الأسدي الكوفي ، لين الحديث ، من السادسة .
وروى له أبو داود والترمذي وابن ماجة . انظر التقريب ص ١٦١ .

(٥) كذا في المخطوط ، وفي شرح معاني الآثار (عن أبي وائل) وهو شقيق ابن سلمة الأسدي أبو وائل الكوفي ، ثقة ، مخضرم ، مات في خلافة عمر ابن عبد العزيز ، وله مائة سنة . روى له أصحاب الكتب الستة ، انظر التقريب ص ١٤٧ .

جارية بسبعمائة درهم فغاب صاحبها فأخرج ابن مسعود ثمنها وجعل يتصدق بها ويقول (اللهم عن صاحبها فإن كره فلي وعليّ الغرم ، وهكذا يصنع باللقطة) .[1]

وعن ابن عمر انه منع من أكل اللقطة بعد التعريف .[2]

قالوا : وهذا في الغني ، لأنه جائز للفقير بالإجماع .

الجواب :

أما الخبر الأول : فظاهره عام في الغني والفقير ، ولانه لو كان يختلف الحكم لاستفسره النبي عليه السلام .

وأما حديث أبيّ بن كعب فقد نقلنا عن الشافعي انه كان من مياسير أهل المدينة .

وقد روى في رواية (فاخلطها بمالك) وعلى انه وإن كان فقيراً فلم تكن الإباحة على جهة الصدقة ، لأن عندكم يكره أن يتصدق بنصاب على فقيرٍ واحدٍ دفعة واحدة .

وأما حديث علي فالحجة فيه ظاهرة .

وأما تعلقهم بما رووا عن ابن مسعود فقد روى شعيب[3] عن أبي قيس قال : سمعت هذيلاً يقول : رأيتُ عبد الله بن مسعود وأتاه رجل بُصرة مختومة فقال : وجدتها ، فقال : عرفها ، قال : عرفتُها فلم أجد مَـــنْ

(١) رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار : ١٣٩/٤ ، والشافعي في الأم : ٢٩٢/٣ .

(٢) رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار : ١٣٩/٤ ، ولفظه " أن رجلاً سأل ابن عمر فقال : إني أصبتُ ناقة ، فقال : عرّفها ، فقال : عرفتُها فلم تعرف ، فقال : ادفعها الى الوالي .

(٣) كذا في المخطوط ، وفي سنن البيهقي (شعبة) : ١٨٧/٦ .

وقيعرفها ، قال : استمتع بها) .[1]

وهذه الرواية أشهر من تلك الرواية ، وعلى أنهم لايقولون بتلك الرواية ، لأنهم لايأمرون المشتري بالتصدق بالثمن عن البائع عند غيبته . د روى مثل مذهبنا عن عمر[2] وعائشة[3] وعمر[4] أيضاً .

هذا وجه الكلام من حيث الأخبار في هذه المسألة ذكرتُه على الإختصار وهي معتمدة .

وأما المعنى / فنقول : ١٧٢/أ

مَنْ جاز له الإلتقاط جاز له إنفاقها بعد التعريف .

دليله : الفقير .

وفقه المسألة : ان اللقطة مال للغائب في يده وحق الغائب في ماله هو الحفظ ، والحفظ له طريقان :

إمساك عن المال ، أو التملك بشرط الضمان ليصير ملكه محفوظاً له مثله في ذمته فثبت حفظ معنى المال وإن فات حفظ عين المال .

فهذا حق الغائب في ماله فيخيّر بينهما بولاية الشرع .

فأما التصدق فيتضمن تفويت حقه ، لأن الصدقة ليست بجهة الضمان ، ومتى دخل الضمان في الصدقة تخرج من جهة الصدقة فأدى ما قالوه إلى تفويت حق الغائب وذلك لايجوز .

---

(١) رواه البيهقي في سننه : ١٨٧/٦ ، ١٨٨ .
والشافعي في الأم : ٢٩٢/٣ . وفيه (دخل عليّ ابن قيس قال : سمعت هذيلاً ...)

(٢و٣) ذكرهما البغوي في شرح السنة : ٣١٠/٨ .

(٤) كذا في المخطوط ولعله (ابن عمر) .

وأما حجتهم :

قالوا : مَنْ لاتحل له الصدقة لاتحل له اللقطة .

دليله : غنى آخرا إذا أعطاه لابجهة الصدقة .

وأما فقههم في المسألة هو : ان النظر للمالك واجب وجهة الصدقة أجمع للنظر وأنفع للمالك من جهة التملك ، لأن كل النظر في ايصال اللقطة الى مالكها ولا وصول في التملك بجهة الضمان أصلاً .

وأما الصدقة ففيها إيصال اللقطة إلى مالكها معنىً وإن فات عيناً ، فإن جهة الصدقة جهة الأجر ، ومتى وصل الأجر إلى المالك فقد وجد وصول المال إلى مالكه معنىً وإن لم يصل عيناً .

يبينه : ان هذه الجهة أقرب إلى رضا المالك من الجهة التي قلتم ، لأن المالك إذا طلب بينة ولم توجد والظاهر انه لايوجد من بعد فيكون الأقرب إلى رضاه هو التصدق عنه فإن الإنسان يطلب وصول عين ماله إليه ، فإذا عرف انه لايصل يطلب وصول أجره إليه حتى لايفوته الكل .

وأما التملك بالضمان فيبعد عن رضاه ، لأن رضاه هو بالإمساك عين ماله عليه أو لوصول أجر من هذه الجهة إليه فأما بأن يجعل عين ماله ديناً في ذمته وذمة إنسان فلا غرض له في ذلك .

قالوا : وأما قولكم " إن الأصل حفظ مال الغائب عليه " قال : بلى ، ولكن قد جاز ههنا غير الحفظ فإن الحفظ غير معين وكان ينبغي على ما قلتم ان لايجوز إلاّ الحفظ ومع ذلك جاز غيره بنوع نظر للمالك فعندكم التملك بالضمان ، وعندنا : بالتصدق ، فينظر إلى أن النظر للمالك في أيّهما أكثر فيقدمه ويعمل عليه وقد وجدنا ان النظر في التصدق أكثر وأجمع فيكون أولى على ما سبق بيانه .

قالوا : وأما قولكم " إن جهة التصدق ليست بجهة الضمان " .

قال : بلى : ولكن عدلنا في هذا الأصل في هذا الموضع نظراً للمالك ، لأن النظر للمالك لايكون إلاّ بجهة الصدقة وفي إثباتها بلا ضمان على المتصدق إضرار بالمالك ، لأنه ربما لايرغب في الصدقة ، فقلنا : إن الصدقة تقع منجزة في الحال حتى يملك المتصدق عليه ، وفي حق المالك تكون موقوفة حتى أن أجاز تقع عنه وإن لم يجز تقع عن الملتقط ويكون له ضمان ماله .

فهذا غاية ما يمكن إثباته على جهة النظر .

وأما التملك بالضمان ففيه نظر من وجهٍ لا من وجهٍ وكان ما قلناه أولى .

الجواب :

أما التحرير : فليس بشئ ، لأن أمر اللقطة غير ، وأمر الصدقة غير ، فيجوز أن لايتفق محلها .

أما الفقه الذي قالوه :

قلنا : لو كان في الصدقة إيصال اللقطة إلى مالكها وجب أن يتعين ذلك ولايجوز الإمساك أصلاً ، لأن في التصدق إيصال ، وفي الحفظ ترك الإيصال فوجب أن لايجوز ترك الإيصال مع إمكان الإيصال .

قالوا : بلى فيه إيصال معنىً لاعيناً ويجوز الإمساك ليتوصل إليه عيناً.

قلنا : الإيصال في الحال لايجوز تركه لامرٍ موهومٍ ، ثم نقول إيصال الأجر على الوجه الذي قلتم إنما يوجد إذا وقعت الصدقة عن مالك اللقطة ، ومن أين قلتم تقع الصدقة عن مالكها ولا ولاية للملتقط عليه ؟ .

فإن قالوا : يثبت ذلك بولاية الشرع .

قلنا : وأين تولية الشرع إياه ذلك ؟.

فإن قالوا : أين تولية الشرع إياه في التملك الذي قلتم ؟ .

قلنا : التملك بالضمان في مال الغير فقد وجدنا له نظيراً في الشرع وهو التملك بالشفعة ، والتملك بالإستيلاد والتملك من المضطر إلى طعام الغير.

فأما ولاية التصدق بمال الغير عن الغير فلا نظير له أصلاً ، ولأنه لايخلو : إما أن يكون الصدقة من الملتقط أو صاحب اللقطة ، فإن كان من الملتقط بطل الوصول الذي قالوه ، وإن كان من صاحب اللقطة فينبغي ألا يجب الضمان ، لأن التصدق بشرط الضمان لايجوز بحال .

وقولهم " إنا فعلنا ذلك بخلاف القياس [1] لأنه بجهة النظر .

قلنا : قد بينا انه لانظر فيما قالوه / وإنما النظر **١٧٢/ب** فيما قلناه وعلى أنا لايجوز ارتكاب ما يخالف أصول الشرع لتوهم نظر، فإن النظر كله فيما وافق أصول الشرع لافيما يخالفها .

وأما قولهم : " ينبغي أن يتعين الإمساك ولايجوز التملك أصلاً كما في الوديعة للغائب " .

قلنا : إنما جاز التملك ليكون ترغيباً من الشرع في أخذ الأموال الضائعة ، فإن اللقطة على الطريق مالِ ضائع ، وهي عرضة للأيدي

---

(١) قال في الأسرار : وكان القياس أن يضمن إذا تصدق بمال الغير بغير إذنٍ ولاتنفذ الصدقة فصار النفاذ بخلاف القياس لأن النظر فيه فصار ولياً في حق النفاذ ... " أهـ ١/١٨٥/أ (مراد ملا) .

ويصل إليها الطالح والصالح ، وأخذها إلتزام عهدة فربما يصل إليها صالح فلا يرغب في أخذها لما فيه من إلتزام عهدة ثقيلة فإذا لم يأخذه وتركها وصل إليها طالح فاسق فيأخذها ويفوز بها ويهلك مال هذا الإنسان عليه فالشرع أثبت للملتقط ولاية التملك بالضمان ترغيباً له في أخذها ليكون له شبه الجعل على هذه الحسنة ، وهذا لايوجد في الوديعة ، لأنه قد التزم حفظها بلا شئ وادخل نفسه في عهدتها باختياره فلا حاجة في ترغيب وتطبيعٍ .

فإن قالوا : المثوبة كافية للترغيب في الأخذ " .

قلنا : ليس بكافٍ بل لابد من نفع عاجل لينضم إلى الثواب الآجـــــل

فيرغب في الأخذ ، وهذا كردّ الآبق على أصلكم هو نوع حسنة وفيه ثواب عظيم ولكن لم يكتف به ، بل أوجبتم الجعل له لينضم النفع العاجل الى الثواب الآجل فيرغب في الرد .

فإن قالوا : عندكم لايجب له الجعل برد الآبق ، فلا يستقيم هذا الحال على أصلكم .

قلنا : نحن اعتمدنا على الأخبار في المسألة ثم وجدنا ما تضمنه الخبر منقاساً على معاني الشرع ، فقلنا بذلك ، وقدمناه على ما سواه .

وأما الذي قلتم فهو محض قياس على خلاف أصول الشرع فوجب تركه وطرحه .

والله أعلم بالصواب .

(مسألة)

الصبي إذا أسلم لايصح إسلامه وإن عقل عقل مثله .[١]

وعندهم : يصح إسلامه .[٢]

وقال بعض أصحابنا[٣] : يصح إسلامه في أحكام الدنيا ، وليس بشئ .

فنقدم أولاً طريقة جدلية ، ونتكلم أن لايحكم بإسلامه مثل ما يحكم بإسلام البالغ إذا أتى بالشهادتين فنقول :

لم يعرف إسلامه فلا يحكم بإسلامه .

دليله : سائر الكفار ، وإنما قلنا لم نعرف إسلامه ، لأن الاعتقاد لابد منه في الإسلام بل هو الأصل ، ونحن وإن سمعنا الشهادتين من الصبي فلا نعرف اعتقاده ، وإذا لم نعرف إعتقاده لم نعرف إسلامه .

---

(١) الأم : ٢٠٢/٤ ، المهذب : ٣٠٧/٢، وقال الشيرازي (في ظاهر المذهب) ، النكت ورقه ١٨١/ب ، الحاوي : ٤٦/٨ .
وقال في الحاوي : " وهو الظاهر من مذهب الشافعي " .
وأورد هذه المسألة الشيرازي في نكته في كتاب اللقيط " .
وقال في المهذب " وإن وصف الإسلام صبي عاقل من أولاد الكفار لم يصح إسلامه على ظاهر المذهب " .
فمن هذا يظهر ان المقصود بالمسألة فيما إذا أسلم وابواه كافرين .

(٢) وهو الوجه الثاني عند الشافعية ، انظر : المهذب : ٣٠٧/٢ ، الحاوي : ٤٦/٨ .
مختصر الطحاوي ص ٢٦٠ ، البدائع : ٤٣١٥/٩ ، رؤوس المسائل ص ٣٥٩ ، إيثار الانصاف في آثار الخلاف ص ٢٤٥ .

(٣) المهذب : ٣٠٧/٢ .

فإن قالوا : **نعلم اعتقاده بإخباره** " .

قلنا : خبره محتمل والمحتمل لايكون حجة فيجوز انه أخبر عن اعتقاده ولايعتقد .

قالوا : مجرد الإخبار يكفي ويحكم بوجود الإعتقاد كالبالغ ، ولأنه إذا لم يعرف اعتقاده إلاّ من قبله وجب أن يقبل خبره عن اعتقاده ، وهذا كَمَنْ يعلق طلاق إمرأته بطهرها أو بحيضها فأخبرت .

والجواب :

أن الأصل أن الخبر المحتمل لايكون حجة في وجود الشئ إلاّ بدليل .

ودليل الشرع قد اتصل بخبر البالغ ولم يتصل بخبر الصبي ، وذلك لأن البالغ مخاطب بالإسلام واجب عليه ذلك وإذا لم يقبل خبره تعذر عليه الإسلام ، ولايجوز أن يخطاب الله عبد بشئ ولاسبيل له إلى الوصول إليه فألجأتنا الضرورة إلى قبول خبره ولايوجد مثل هذا في الصبي ، لأنه غير مخاطب بالإسلام فرجعنا إلى الأصل الذي عرفناه وهو أن الخبر المحتمل لايكون حجة في وجود الأشياء وإذا لم يعرف وجود الإعتقاد لم يحكم بالإسلام .

وكذلك في مسألة تعليق الطلاق بالحيض والطهر قام دليل الشرع على قبول قولها ، ودليل الشرع قوله تعالى (**وَلا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ**) .[1]

قيل : هو الحيض والحبل ، والنهي عن الكتمان أمر بالإظهار ، والأمر بالإظهار أمر بالقبول ، وهذه طريقة جدلية حسنة مغنية لمن اكتفى بها واقتصر عليها .

---

(١) سورة البقرة آية (٢٢٨) .

وإن زعموا أن أصل الإسلام واجب على الصبي " .

نستدل على فساد هذه المقالة من بعد .

وأما المعتمد من طريق التحقيق نقول :

لو حكمنا بصحة اسلامه لحكمنا به بناءً على وجوده ولو حكمنا بوجوده حكمنا بناءً على عقله وعقله ناقص ولا وصول بالعقل الناقص إلى الإسلام .

فإن قالوا : لِمَ ؟

قلنا : لأن العَقل آلة ، والإسلام أكمل العقود فلا يوصل بالآلة الناقصة إلى العقد الكامل ، لأن الوصول إلى الأشياء بقدر الآلآت ، وبهذا الطريق لم يخاطب الصبيان ، لأن عقولهم لما انتقصت وحالة الخطاب أكمل الأحوال ، لأن شرف الآدمي وكمال حاله بخطاب الشرع فلم يصل الصبي إلى هذا الكمال بعقل ناقص فكذلك لايصل [1] هذا العقد الكامل بعقل ناقص .

وخرج على هذا النسوان اللاتي الشرع / اعرض عن نقصان **١٧٣/أ** عقولهن إلاّ في شئ مخصوص بدليل الخطاب ، ولأنه لاحالة لهن فوق تلك الحالة بخلاف الصبي فإن له حالة منتظرة في الكمال ، وذلك عند البلوغ فيجوز أن ينتظر ، وهذا كله لحقيقة وعليه الإعتماد في الفقه ، وذلك لأن دين الحق ذو شبهات كثيرة وشعب في الإشكال عظيمة وقد تحير فيه الأمم بأسرها وإلى أن يصل الواحد بعد الواحد إليه فقد ضَلّ عنه الألوف وخاب سعيُهم وتردّوا في المهاوي والمهالك التي لامنتهى لها

(١) في المخطوط الكلمة مطموسة ، ولعل المعنى ما أثبتناه .

وهذا الأمر لايخفى على أحدٍ ، وإذا كان كذلك فلا ينال إلاّ بنظرٍ كاملٍ ولايوجد النظر الكامل إلاّ بعقلٍ كاملٍ ، فإذا لم يكمل العقل لم يكمل النظر ، وإذا لم يكمل النظر لم تنحل الشبهة ولا إسلام إلاّ بعد إنحلال الشبهة فصار الإسلام غير موجود من الصبيان أصلاً على هذا الوجه ومالاوجود له لاصحة له .

فإن قالوا : ان الكلام في صبي يُسلم عن عقيدة صحيحة وشبهة منحلة ويعرف ذلك بذكره الدلائل وإقامة الحجج وسبره البراهين ، ورُبّ صبي يُربى في ذلك على كثير من البالغين .

قلنا : الشبه لايكون إنحلالها بذكر الحجج وإقامة البراهين ، وكم من محاجٍّ مجادلٍ قد بلغ الغاية والشبه في صدره قائمة ، وإنما انحلال الشبه بكمال النظر الذي بيناه ، وكمال النظر بكمال العقل .

يبينه : انه إذا كان إنحلال الشبه أمراً في الباطن لايوقف عليه فمدار وجوده على السبب الظاهر ، وذلك وجود كمال العقل فإذا وجد ذلك يحكم بإنحلال الشبه ، وهذا لأن مالايوصل إليه من الأمور الباطنة ساقط عن العباد ويصير الحكم دائراً على الظاهر المعروف ، وهذا تكثر نظائره ، وهو صحيح عند مَنْ تأمل فيه ، ولهذا الأصل حكمنا بصحة إسلام العوام وصححناه حقيقة ، وهذه طريقة معتمدة ، وهو الكلام في حرف المسألة .

وللاصحاب كلام كثير ، ولم أر الإعتماد عليها ، لأن عامته تعلق بالأحكام أو بمعاني ضعيفة ولم يظفروا بحقيقة المسألة وقد تحرّوا الحق بجَهدهم وبجُهدهم ، والله تعالى يشكر سعيهم ، ولكل زمان مقال ، ولكل مقال رجال ، ومَنْ عرف الحق عرف أهله .

وقد تعلق عامة المشايخ بفصل الوجوب وقالوا : مَنْ لايجب عليه الإسلام لايصح منه الإسلام ، وهذا لأنه لو صح لوجب ، ونقول لو صح منه لم يكن إلاّ واجباً ، لأن الإسلام يتنوع إلى نفلٍ وفرضٍ بل لايكون إلاّ واجباً ولاوجوب إلاّ بخطاب الشرع وخطاب الشرع عنه ساقط فانتفى الوجوب وإذا انتفى الوجوب انتفت الصحة .

فإن قالوا : إنه واجب عليه بالعقل ، فطريق إبطاله بالكتاب والسنة يسهل ، ويقال أيضاً : إن الإسلام ذو لوازم عظيمة ومشاق شديدة والطبع عنه نافرة ، والنفس متأبية لقبوله ، والمقصود من الخطاب بالإسلام وجود الإسلام من العباد ، لأن الرب عزّ اسمه منزه مقدس عن الحظ ولايوجد الإسلام إلاّ بتوفر الدواعي إليه حتى إذا توفرت الدواعي إليه ألتزمه بلوازمها وكُلفها ومشاقها مثل سائر الأشياء التي يتوفر الدواعي إليها ، ولايوجد توفر الدواعي إلاّ بانضمام الخطاب إلى العقل ولهذا الطريق وَرَدَ الترغيب والترهيب والوعد والوعيد ، وبُعثت الرسل وأنزلت الكتب ولم يقتصر الشرع على العقل المجرد ولو وجب بالعقل المجرد لاكتفى به الشرع ، لأن الزيادة على ما يقع به الإكتفاء سمج في العقول .

فإن قالوا : يرد السمع مؤكداً لما في العقول .

قلنا : المويّد لا نهاية له ، والألطاف لاغاية لها ، ومالانهاية له نقطع نهايته في بدايته ، فصار عدم إكتفاء الشرع بالعقل دليلاً قاطعاً على أن الإسلام عقد شرعي ولا صحة له إلاّ بإيصال الخطاب له ، والخطاب ساقط عن الصبيان بدليل قوله عليه الصلاة والسلام (رفع

القلم عن ثلاثة .....)[1] الخبر .

وقد قال أبو زيد :[2]

الوجوب ثابت في حق الصبيان لكن خطاب الأداء تأخر بعذر الصبا ،[3] ولم يذكر ان الوجوب بالعقل لكن قال : وجب بوجود دلائل الإيمان ووجوب العبادات بأسبابها فوجوب الصلاة بدخول الوقت ، ووجوب الزكاة بملك المال ،

ووجوب الصوم بوجود الشهر إلى غير هذا من الأسباب .

كذلك وجوب الإيمان بسبب دلائله ، وذلك عام في حق الكل .

يبينه : انه بعد وجود السبب لا يعتبر إلاّ وجود المحل ، ومحل الوجود موجود ، وقد وجد في حق الصبي مثل وجوده في / حق **١٧٣/ب** البالغ ، لأن الصبي ذمة قابلة للوجوب بدليل العشر وصدقة الفطر وسائر الغرامات .

قال : وأما تأخر خطاب الأداء بعذر الصبا كتأخر خطاب الصوم في حق المسافر بعذر السفر ، ويجوز تأخر الخطاب بعذر كما في حق النائم والمغمى عليه ، وكذلك مَنْ أراد الإسلام إذا أكره أن لايسلم ، يجوز له تأخير الشهادتين بعذر الإكراه ، وإذا كان الوجوب في حقه حاصلاً وتأخر خطاب الأداء فإذا أتى به كان بصفة الواجب مثل المسافر إذا صام ، وكذلك العبد إذا حضر الجمعة .

---

(١) تقدم تخريجه في : ١٨٧/٢ (من الإصطلام) .

(٢) انظر كتاب المناسك من الأسرار ص ٧٢ ، ٧٣ بتحقيقنا .

(٣) في المخطوط (الصبي) والتصويب من المحقق .

وهذا ليس بشئ ، وهو هرب من الزحف لا إلى فئةٍ .

وقد احترز من مذهب الإعتزال بترك التصريح بالإيجاب عقلاً ، وجاء بما لم يقله أحد ، وارتكب ما لم يسبق إليه ، فإن الوجوب إمّا بالسمع وإمّا بالعقل ، وعليه إجماع الأمة قاطبة .

وأما نصب الجبال وخلق الأرض ورفع السماء وسائر ما خلق الله تعالى لايكون موجباً لشئ .

نعم ، يجوز أن يكون دليلاً عند النظر إلى أداء واجب ، وإذا صرنا إلى ما قالوه لزمنا إيجاب الإسلام وسائر العبادات على الأطفال والمجانين ، وهذا مردود بالإجماع مُستهجن مُستقْبحٌ في العقول .

والحرف : ان الإيجاب ليس إلاّ خطاب الأداء ، وخطاب الأداء ليس إلاّ الإيجاب ولايتصوّر فرق بينهما بحالٍ .

والذي قالوا : ان بعذر الصبي يتأخر خطاب الأداء .

قلنا : فقولوا يتأخر خطاب الوجوب أيضاً .

وإن قالوا : لاخطاب في الوجوب .

قلنا : الوجوب لايتصوّر إلاّ من مُوجَبٍ عليه ، كما لايتصور الخطاب إلاّ من مخاطب .

وأما مسألة المسافر فنحن نقول : إن خطاب الوجوب متوجه عليه لكن بعذر السفر يرخص له في تأخير الأداء ولا رخصة في تأخير الإسلام لأحدٍ .

وفي النائم والمغمى عليه نقول : لاخطاب في حال النوم والإغماء .

وأما مسألة الإكراه ، فهناك لايجوز بعذرٍ ما تأخير الإعتقاد وإنما يرخص له تأخير الشهادتين ، مثل ما يرخص له في إجراء كلمة الكفر على لسانه بشرط طمأنينه القلب على الإيمان .

وقد قال بعض مشايخهم :

إنا نقول إن الإيمان غير واجب على الصبي لكن إثباته يوصف الفرضية ، لأنه لايتصورّ انفصاله عنه مثل ما يقولون إذا حكم له بالإسلام تبعاً لأبويه يكون بوصف الفرضية .

ونحن نقول : إذا لم يتصوّر انفصاله عن صفة الفرضية ، وليس الصبي من أهل أداء الفرض ، فوجب ألاّ يصح إسلامه أصلاً .

وأما إذا حكمنا بإسلامه تبعاً لأبويه ، فالإسلام معقول من الأب ، وهو فرض عليه ، وإنما جعلنا الصبي مسلماً تبعاً له والتبع لا حكم له بنفسه .

وفي مسألتنا قد صح إسلام الصبي عندكم مستقل بنفسه بصفة الفرضية ولافرضية في حقه فلا إسلام .

فإن قالوا : عندكم يكون الصبي من أهل حصول الفرض له بدليل أنه إذا صلى في أول الوقت ثم بلغ في آخره يكون مؤدياً للفرض حتى لايؤمر باعادة الصلاة بخلاف ما لو لم يكن صلى يجب عليه فعل الصلاة ، ولأن عندكم هو من أهل فرض الزكاة فهلا جعلتموه من أهل فرض الإسلام .

قلنا : أما المسألة الأولى فنحن نقول : فعل الصلاة في أول الوقت يتبع الوجوب في آخره ، لأنه قد أدّى وصلى وظيفة الوقت مرةً فلا تُثنى عليه الوظيفة ، لأن الوقت الواحد لايكون له إلاّ وظيفة واحدة ، ولانقول انقلب فرضاً.

وأما الزكاة فقد وجبت بدليل على الصبيان ، وفي مسألتنا لاوجوب ، بدليل ما بينا فلا صحة ، لأن الصحة لاتنفك عن هذا الوصف فإذا فات الوصف فات الموصوف وهذه طريقة حسنة بهذا التقدير الذي قلناه ، لكن

الإعتماد على الطريقة الأولى ، وهي حقيقة المسألة وسرها .

وأما حجتهم :

تعقلوا أولاً :

بإسلام علي رضي الله عنه فإن النبي ص دعاه إلى الإسلام وهو صبي ، وأسلم ، وحكم بصحة إسلامه حتى أجمعت الأمة في السابقين إلى الإسلام فعينّوا من الرجال أبا بكر ، ومن النساء خديجة ، ومن الصبيان علياً ومن العبيد بلالاً ، وإذا صح إسلام علي وهو صبي صح إسلام غيره من الصبيان ، ويكون هو قدوة لهم مثل أبي بكر في الرجال وخديجة في النساء وبلال في العبيد ، وقد افتخر علي رضي الله عنه بإسلامه وهو صبي فقال :

سبقتُكم إلى الإسلام طُراً غلاماً ما بلغتُ أوان حُلمي

ذكره ابن داود [1] في كتاب الزهرة [2] ونسبه إلى علي وهو ثبت فيما ينقله من الشعر .

وأما المعنى :

قالوا : خبر/ صحيح عن اعتقاد صحيح ، فيصح منه كالبالغ وإنما **١٧٤/أ**

قلنا انه خبر صحيح ، لأنه يخبر عن التوحيد بشرائطه ولاشك إنه خبر صحيح .

---

(١) في المخطوط (أبو داود) والتصويب من كتاب الزهرة .

(٢) انظر كتاب الزهرة : ٦٤٨/٢ ، وصاحب الكتاب هو محمد بن داود الأصبهاني .

انظر ديوان علي ص ٦٣ (طبعة بولاق) .

وقولنا : انه عن اعتقادٍ صحيحٍ لأن اعتقاد الوحدانية صحيح عن كل ما يوجد منه .

والدليل على وجوده منه انه أهل الإعتقاد بعقله وتمييزه ، ألا ترى انه أهل اعتقاد سائر الأشياء ، يكون أهل هذا الإعتقاد .

يبينه : ان أهلية الشئ للإنسان بوجوده منه مثل سائر الأشياء المحسوسة يكون الإنسان أهلاً لها بوجودها منه .

معتمدهم : أن الإسلام وجد منه فحكم له بالصحة ، لأن الصحة لاتنفصل عن وجود الإسلام ، وليس كالأيمان في وقت اليأس ، لأن الإسلام لم يوجد ، فإن الإسلام المطلوب من العباد هو الإيمان بالغيب بدليل قوله تعالى (**يُؤْمِنُونَ بِالْغَيْبِ** ...) [1] فإذا لم يكن بالغيب لم يكن إيماناً ، ويكون مثل إيمان فرعون لعنه الله .

وربما يقولون : " ان الإيمان عقد لايحتمل خلافه ولا يتصوّر تبديله ونسخه فمتى وجد من الشخص فهو الإيمان المشروع لأنه شئ واحد لاتتبدل صفته ولاتتغير حقيقته .

ثم الدليل على الوجود أن الإيمان إقرار واعتقاد ،والإقرار قد سمعنا منه والإعتقاد قد أخبر به ، وهو أهل كل واحد منهما على ما سبق فصار إيمانه وإيمان البالغ سواء بلا فضل ولا فرقان .

يبينه : انه لما صح إخباره واعتقاده في سائر الموجودات ففي الموجود الأول ومُوجد الموجودات أولى .

---

(١) سورة البقرة آية (٣) .

وقد قال أبو زيد :

الإيمان فرض دائم لايحتمل خلافه وقد وُجِدَ من الصبي فلو لم يصح شرعاً لكان يعذر الصبي ، والإسلام لايسقط بعذرٍ ولايؤثر فيه حكم ما " .

وقال أيضاً : لو لم يؤثر لكان لحجر الصبا ، والإسلام لايدخل تحت الحجر بخلاف سائر العقود .

قالوا : وخرج على هذا سائر العقود ، لأنه تؤثر فيها الأعذار فيدخل تحت الحجر .

وربما يقولون : ما من عقدٍ إلاّ ويحتمل خلافه فيجوز أن يوجد من الإنسان ولاتثبت له حكم الصحة بخلاف مسألتنا على ما سبق .

واعتمدوا في التعلق بالأحكام الشرعيات التي تصح مثل الصلاة ، والصوم ، والحج ، وغيرها .

يبينه : انه إنما صحت هذه العقود منه نظراً له ، ولا نظر فوق نظر يثبت له بصحة الإسلام منه فحرروا وقالوا : منفعة محضة لايشوبه مضرة فصح من الصبي .

دليله : ما بينّا .

يبينه : ان الحجر يثبت على الصبي نظراً له ومرحمة ولا نظر في منع صحة الإسلام له .

قالوا : ولايجوز أن يقال : إن الصبي قد صح إسلامه تبعاً لأبويه فلا يصح منه إسلامه بنفسه ، لأنه إذا كان تبعاً لايكون أصلاً أو كان مولياً عليه لايكون ولياً بنفسه .

وقد منع بعضهم : صحة إسلامه تبعاً لأبويه إذا صار بحيث يصح إسلامه

بنفسه .

ومذهبهم التسليم ، واعتذروا عنه وقالوا : إنما صح إسلامه تبعاً ، ويجوز أن يكون الشئ تبعاً لغيره من وجه ويكون أصلاً بنفسه من وجه كالجنين تبعاً للأم في العتق ويكون أصلاً بنفسه فيه أيضاً حتى لو أفرد بالعتق جاز .

وهذا لأنا إنما صححنا إسلامه بنفسه نظراً له وقد كنا نظرنا له بإثبات السلامة تبعاً لأبويه فلم يقتض إثبات نظر له من بعد اسقاط نظر سبق إثباته من قبل فقلنا يصح إسلامه بنفسه ويصير مسلماً تبعاً لأبويه ليثبت له النظر من الوجهين ، وهذا كما انه إذا قَبِلَ الهبة بنفسه يصح ، ولو قَبِلَ عنه أبوه يصح فثبت المنفعة له من وجهين ، كذلك هاهنا .

قالوا : وأما قولكم يصير مولياً عليه في الإسلام فلا يكون ولياً بنفسه " .

لا نقول انه مولى عليه في الإسلام ، لأن حقيقة الولاية من الولي أن يكون العقد من الولي للمولى عليه ، والأب لايُسْلِم عن الصغير ، وإنما يباشر الإسلام لنفسه ثم يصير الولد مسلماً تبعاً .

وعلى الجملة يسلمون كونه تبعاً للأب في الإسلام ، لكن لايسلمون ثبوت الولاية عليه فيه ، وكلامهم على التبع ما سبق .

قالوا : وقد خرج على ما ذكرنا الطلاق والعتاق والأقارير وسائر عقود المعاملات ، لأن هذه العقود عقود ضرر . والصبا ينفي الضرر ، لأنه سب للنظر والمرحمة .

قالوا : وإما الردة إنما صحت منه وإن كانت محض ضرر ، لأنه لايمكن الحكم بنفيها ، وذلك لأن الردة أمر يدور على الإعتقاد فمتى

اعتقد خلاف التوحيد لم يتصوّر الحكم ببقاء التوحيد لأن الشئ لايبقى مع ضده ، ولأن الإعتقاد فعل القلب والصبي والبالغ في الأفعال واحد ، بدليل الأوقات فإذا وجد منه اعتقاد الكفر لم يمكن نفيه عنه وإثبات ضده .

وأما سائر العقود من الطلاق والعتاق / والأقارير فهي عقود **١٧٤/ب** من حيث القول فيمكن نفيها شرعاً والصبا عذر فتنتفي به .

الجواب :

أما تعلقهم بإسلام علي رضي الله عنه فقد ذكر أحمد بن حنبل في فضائل الصحابة ان علياً أسلم وهو ابن خمسة عشر سنة .[(١)]

وفي صحيح مسلم[(٢)] بن الحجاج ان النبي عليه السلام (مكث بمكة خمس[(٣)] عشر سنة كان في سبع منها يسمع الصوت ، ويرى الضوء ، وفي ثمان أوحي إليه) .

---

(١) انظر فضائل الصحابة : ٥٨٩/٢ رقم (١٩٨) .
وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه : ٢٢٦/١١ .
والحاكم في المستدرك : ١١١/٣ .
وابن عبد البر في الإستيعاب : ٣٠/٣ .
وخليفة بن خياط في تاريخه ص ١٩٩ . كلهم من طريق عبد الرزاق .

(٢) صحيح مسلم : ١٠٤/١٥ ، مع النووي ، باب قدر عمره ص وإقامته بمكة والمدينة.
قال النووي في شرحه :" قال القاضي : أي صوت الهاتف به من الملائكة ويرى الضوء أي : نور الملائكة ونور آيات الله تعالى حتى رأى الملك بعينه وشافهه بوحي الله تعالى ... " أهـ .

(٣) في المخطوط (خمسة) والتصويب من صحيح مسلم .

وقد أسلم علي رضي الله عنه في أول زمان الوحي وزمان الوحي ثمانية عشر سنة .

وعلى هذه الرواية ثمان بمكة وعشر بالمدينة ، وعاش بعد النبي عليه السلام ثلاثين سنة ، وَقُتِلَ وهو ابن ثلاث وستون سنة فيكون قد أسلم وهو ابن خمسة عشر سنة قطعاً .

والشعر الذي ذكروه شعر لين ضعيف ولايثبت عن علي ذلك .[1]

وإن سلمنا انه رضي الله عنه أسلم وهو صبي ، ولعلالتسليم أولى فنقول : يجوز أن يكون مخصوصاً بذلك ، مثل ما خصّ سعد بن معاذ باهتزاز العرش له ، وخصّ خزيمة بن ثابت بكونه ذا شهادتين ، وحنضلة بن أبي عامر بغسيل الملائكة له إلى أمثال هذا .

ويجوز أيضاً أن النبي عليه الصلاة والسلام دعاه إلى الإسلام ليتخلق بأخلاق المسلمين لاأنه كان إسلاماً صحيحاً منه .

وأما المعنى الذي قالوه : فاعلم أن مدار المسألة على هذا الحرف وهو أن الإسلام هل وُجِدَ منه أم لا ؟ .

فعندنا : لم يوجد .

وعندهم : وُجِدَ .

وقد دللنا انه لم يوجد .

فإن قالوا : كيف يقع الإختلاف في وجود الأشياء ، ومتى يتصوّر إختلاف العقلاء في الشئ هل وجد أم لا ؟ .

والجواب :

انه إذا تصوّر الإختلاف ثبت الإختلاف ، وقد بينّا انه تصوّر الإختلاف

---

(١) ذكر ذلك الشيرازي في نكته ورقه ١٨١/ب .

ذلك باعتبار الإعتقاد على ما سبق .

يبينه : أن الإسلام عقد شرعي والعقد الشرعي تصوّر وجوده باتصال الشرع به ، واتصال الشرع بالإسلام بوجود خطاب الشرع بالإسلام ولم يوجد خطاب الشرع في إسلام الصبي ، لأنه غير مأمور به ، وإذا فات اتصال خطاب الشرع به فات العقد شرعاً وهو نظير سائر العقود الشرعية ، وبهذا بخلاف الأفعال الحسيّة ، لأن صحتها بوجودها ولم يتصور فيها الإختلاف .

والحرف : انه إذا كان الوجود بالشرع يجوز أن يقع الإختلاف في وجود الشرع ، وقد سبق الجواب عن كل ما ذكره من المعنى .

وقولهم : " ان للصبي عذر وسبب الحجر ، والإسلام لاتؤثر فيه الأعذار. ولايدخل تحت الحجر " .

قلنا : بلى ، ولكن لايتصوّر ابتداؤه إلاّ بعد اتصال الشرع به ولم يوجد ، وأيضاً بينا انه من حيث المحسوس لم يوجد لفوات الإعتقاد .

والكلام في تأثير العذر والحجر عنه يكون بعد الوجود .

وأما الصلاة والصوم والحج فقد اتصل بها الشرع وهو قوله عليه الصلاة والسلام (مروهم بالصلاة وهم أبناء سبع ....) (١) الخبر .

وأيضاً فإن الصلاة أفعال حسيّة ، وهي أفعال الجوارح الظاهرة ولايحتاج من عمل الباطن إلاّ النيّة ، وأصل العقل كافٍ بمجرد النيّة ، لأنه مجرد عزيمة ، والعزم على فعل الشئ يكفي فيه أصل العقل .

فأما في مسألتنا فلابد من الإعتقاد لصحة الإسلام ، وقد بينّا أن اعتقاد

---

(١) سبق تخريجه : ١٨٧/٢ (من الإصطلام) .

الإسلام لم يوجد إلاّ بعد النظر الكامل ، والنظر الكامل لايكون إلاّ بعقل كاملٍ ، فقد تبين الفرق واتضح غاية الوضوح .

والله تعالى أعلم بالصواب وهو ولي الجود والإنعام .



(كتاب الفرائض)

مسألة :

مذهب زيد بن ثابت ان ذوي الأرحام لاميراث لهم وتوضع التركة في بيت المال .[1]

ومذهب علي ، وعبد الله ان ذوي الأرحام يرثون[2] ، وحكي ذلك عن عمر .[3]

والأول : مذهب مالك[4] ، والشافعي .[5]

والثاني : هو مذهب غيرهما من أهل العلم[6] ، وهو قول أبي حنيفة .[7]

وفي كيفية التوريث كلام كثير ، وطريقان معروفان كما يأتي في الميراث .

ومثال هذا الخلاف : مسألة الرد : فإن عند زيد الفاضل من أصحاب

---

(١) المغني : ٨٢/٩ ، العذب الفائض شرح عمدة الفارض : ١٧/٢ ، الأسرار : ١٦٨/١/ب (مراد ملا) ، المبسوط : ٢/٢٠ .

(٢) المغني : ٨٢/٩ ، العذب الفائض شرح عمدة الفارض : ١٧/٢ ، الأسرار : ١٦٨/١/ب (مراد ملا) ، المبسوط : ٢/٢٠ .

(٣) المغني : ٨٢/٩ ، العذب الفائض شرح عمدة الفارض : ١٧/٢ .

(٤) الإشراف للبغدادي : ٣٢٨/٢ .

(٥) الأم : ١٠/٤ ، المهذب : ٣١/٢ ، النكت ورقه ١٩٥/ب ، الحاوي : ١٧٤/٩ .

(٦) وبه قال معاذ بن جبل ، وعمر بن عبد العزيز ، وأحمد بن حنبل ، وغيرهم . انظر المغني : ٨٢/٩ .

(٧) الأسرار : ١٦٨/١/ب (مراد ملا) ، مختصر الطحاوي ص ١٥٢ ،المبسوط : ٣/٢ .

الفرائض يوضع في بيت المال ولايرد عليهم . [1]

وعند علي ، وعبد الله يرد عليهم على قدر مواريثهم إلاّ الزوج والزوجة فإنهما لاردّ عليهما . [2]

لنا :/ **١٧٥/أ**

ان الفرائض لامجال للقياس فيها ، لأنها مقادير ولاتعرف قياساً بل تعرف توقيفاً ، ولأنه تحرم به البنت ويورّث ابن العم وإنّ بَعُدَ ، وتحرم الجدات الأم ، [3] ويورّث ابن ابن ابن الأخ وان بَعُدَ فإذا لم تعرف قياساً بل عُرِفَ نصاً وجب اتباع موضع النص من الكتاب والسنة أو موضع الإجماع ، ولم يوجد في ذوى الأرحام شئ من ذلك ، والأصل أن لا استحقاق .

ويدل عليه : ان مولى العتاقة عندهم يقدم على ذوى الأرحام والولاء فرع النسب في الميراث فلا يجوز أن يقدم على أصله فلما قُدِّمَ دل انه لاميراث لذوى الأرحام أصلاً .

وأما الدليل في مسألة الرد : هو أن الفرائض مقدرة لايجوز أن يزاد عليها ، لأن في الزيادة إبطال التقدير ، والرد زيادة على الفرائض فلا يجوز .

يدل عليه : انه لايرد على الزوج والزوجة ، فكذلك على سائر أصحاب

---

(١) الأسرار : ١/١٦٨/أ (مراد ملا) ، المغني : ٨٢/٩ ، العذب الفائض شرح عمدة الفارض : ١٧/٢ .

(٢) الأسرار : ١/١٦٨/أ (مراد ملا) ، المغني : ٨٢/٩ ، العذب الفائض شرح عمدة الفارض : ١٧/٢ .

(٣) كذا في المخطوط ولعل الأصح الجدات لأمٍ .

الفرائض ، لأن الكل أصحاب الفرائض والتخريج سهل .

وأما حجتهم :

تعلقوا بقوله تعالى : (**وَأُولُوا الأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ**)[1].

والمراد به الميراث بالإتفاق .

وتعلقوا بالحديث الذي رواه أبو داود[2] في سننه من طريق علي[3] بن أبي طلحة عن راشد[4] بن سعد عن أبي[5] عامر الهوزني عن المقدام[6] بن معدي كرب الكندي أن النبي ﷺ قال : (أما مولى مَنْ لامولى له أرثُ ماله وأفكّ عانيه ، والخال مولى مَنْ لامولى له يرث ماله ويفكّ عانيه) .

---

(١) سورة الأنفال : آية (٧٥) .

(٢) انظر سنن أبي داود : ٣/٣٢٠ مع المعالم ، باب ميراث ذوي الأرحام .
ورواه الدارقطني في سننه : ٤/٨٥ ، ٨٦ .

(٣) علي بن أبي طلحة : سالم مولى بني العباس سكن حمص أرسل عن ابن عباس ولم يره ، من السادسة ، صدوق قد يخطئ ، مات سنة ١٤٣هـ .
روى له مسلم ، وأبو داود ، والنسائي ، وابن ماجة . انظر التقريب : ص ٢٤٦ .

(٤) راشد بن سعد المقرئ الحمصي ، ثقة ، كثير الإرسال ، من الثالثة ، مات سنة ثمان ، وقيل : ثلاث عشرة .
روى له أصحاب السنن الأربعة ، والبخاري في الأدب المفرد ، انظر التقريب ص :٩٩.

(٥) أبو عامر الهوزني (عبد الله بن لحى) الحمصي ، ثقة ، مخضرم ، من الثانية.
روى له أبو داود ، والنسائي ، وابن ماجة . انظر التقريب : ص ١٨٦ .

(٦) المقدام بن معدي يكرب بن عمرو الكندي ، صحابي مشهور ، نزل الشام ، ومات سنة ٨٧هـ على الصحيح ، وله احدى وتسعين سنة .
روى له أصحاب الكتب الستة . انظر التقريب ص ٣٤٦ .

وروى في رواية (والخال وارث مَنْ لاوارث له يعقل عنه ويرثه) .

وذكر ابن عيسى [١] الترمذي هذا اللفظ وهو قوله (والخال وارث مَنْ لاوارث له) عن النبي ص برواية عمر وعائشة . [٢]

ومن جهة المعنى :

قالوا : قريب فيرث كالعصبة ، وهذا لأن الوارثة خلافة في الملك .

قال أبو زيد [٣] : إن الإرث يبتني على الولاية على الميت بدليل ان كل سبب يقطع الولاية يقطع الإرث ، ولأن الوارث يخلفه في ملكه كأنه هو لا على سبيل تجديد الملك ، ولهذا ترتيب العصوبة على ترتب الولاية في النكاح ، وإذا كانت الوارثه مبنية على الولاية ، والولاية ثابتة على الميت لذوى الأرحام بدليل أن ولاية التجهيز والصلاة والدفن إليهم عند فقد أصحاب الفرائض والعصبات فثبت لهم الإرث بثبوت الولاية " .

قال : ولايلزم المجنون حيث يرث ولا ولاية له ، لأن الولاية ثابتة للمجنون ، ولكن يستوفيها له غيره فيما لاضرر له بعجزه عن التصرف بنفسه كالنائم والمغمى عليه .

وأما الإرث ولاية تثبت حكماً من غير حاجة إلى تصرف فصار المفيق والمجنون فيها سواء لافرق بينهما .

وذكر مثل هذا في مسألة الرد ، وقال : على ما ادعيناه من الزيادة على

---

(١) يقصد (أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي) فنسبه إلى أبيه .

(٢) انظر سنن الترمذي : ٨/٢٥٤ ، ٢٥٥ مع العارضة ، باب ما جاء في ميراث الخال . والدارقطني في سننه : ٤/٨٥ عن عائشة رضي الله عنها .

(٣) الأسرار : ١/١٦٩/أ (مراد ملا) .

الفرض إنما يكون زيادة إذا كان بذلك السبب الذي استحق به الفرض ، فأما إذا كان بسبب آخر فلا تكون زيادة على الفرض ، كالزوج إذا كان ابن عم فإن أخذ الباقي بكونه ابن عم لايعد زيادة على الفرض ، والسبب في الرد هو الرحم فحسب ، وكذلك السبب في استحقاق ذوى الأرحام هو الرحم فقط .

قالوا : ولهذا لم يرد على الزوج والزوجة لفقد الرحم فلم يوجد سبب سوى الزوجية ، وقد أخذ الفرض فلو رددنا يكون زيادة على الفرض الثابت بنص الكتاب .

وأما ههنا لازيادة على ما سبق .

وقد قال مشايخهم : ان ذا السببين أولى من ذى السبب الواحد ، ولذوى الأرحام سببان : الدّين ، والقرابة ، وللمسلمين سبب واحد ، فيقدم ذو الأرحام عليهم بحكم الترجيح الذي لهم ، وهذا كالأخ وأم يقدم على الأخ لأب ، لأنه يدلي بسببين ، والأخ لأب يدلي بسبب واحد ، كذلك ههنا .

الجواب :

أما لآية فهي أول آية وردت في توريث الأقرباء ثم بيان ذلك بالكتاب في موضع آخر لأصحاب الفرائض وبالسنة للعصبات .

وأما الخبر : فلا ينبغي أن يشتغل بالطعن فيه ، وقد ذكرنا بعض ذلك في كتاب البرهان .

والتأويل الذي ذكره الأصحاب ان معناه هو السلب . [1] مثل قوله « الجوع طعام مَنْ لاطعام له، والصبر حيلة مَنْ لاحيلة له » في نهاية الضعف .

وعلى أنه نص على الإرث بقوله « يرثه ويعقل عنه » وقد قيل : انه وَرَدَ

---

(١) الشيرازي في النكت ورقه ١٩٦/أ ، وفيه « على سبيل السلب » .

في خالٍ مخصوص وهو أن يكون خالاً ويكون عصبة ، ويتصوّر ذلك عند ارتفاع القرابة .

والدليل على هذا انه قال :يعقل عنه، وقد اتفقوا على انه لايعقل الخال .

وقد قال أبوسليمان الخطابي في معالم السنن تأويل الخبر انه / **١٧٥/ب** طعمة أطعمها الخال عند[1] عدم الوارث لا أنه يكون للخال ميراث راتب ولكنه لما جعله يخلف الميت فيما يصير إليه من المال سماه وارثاً على طريق المجاز " .[2]

وهذا تأويل يحتمل وان كان بعيداً .

وفي مسألتنا لنا أخبار ذكرها الأصحاب وأوردها ابن اللبان [3] في فرائضه باسناده إلاّ انها مراسيل ، فتركتُ إيرادها وإن كانت حجة عليهم لقبولهم المراسيل والمقاطيع .

وأما المعنى الذي قالوه : فليس بشئ ، لأن الولاية على الميت لاتتصور فإنه قد خرج عن محل الولاية عليه ، وهذا لأن حقيقة الولاية استنابة شرعية في شئ يوجد سببه في حق المولى عليه إلاّ انه اعترض عجز فينوب عنه لعجزه كالولاية على الصغار في الأموال والأنكحة ، فإن الملك للصغار ثابت وهو سبب التصرف إلاّ انه يعجز بالصغر والجنون فثبتت الولاية للأباء وغيرهم نيابة عنهم .

---

(١) في المخطوط « عندم » والتصويب من المعالم .

(٢) انظر معالم السنن : ٣٢٢/٣ مع سنن أبي داود .

(٣) محمد بن عبد الله بن الحسن بن اللبان الفرضي الفقيه الشافعي إمام عصره في الفرائض وقسمة التركات ، وله في ذلك التصانيف المشهورة . انظر طبقات السبكي : ١٥٤/٤ ، ١٥٥ .

ومثل هذا لايتصور في حق الميت ، ولأن الأرث تملك حكمي فيعتبر بالتملك القصدي ثم التملك قصداً لايكون ولاية على المتملك عليه ، كذلك التملك حكماً .

وأمّا الذي اعتبروه بالولاية في الغسل والتكفين والدفن فتلك أمور تدور على الشفقة ، والأقرباء أشفق في ذلك من الأجانب فكانوا أولى وليس يعتبر الأرث بذلك بدليل ان الأقرب فالأقرب أولى يتولى ذلك وإن كان الميراث ربما يكون للأبعد .

وأما الذي تعلقنا به في مسألة الرد من منع الزيادة على الفرض تعلق صحيح .

وقولهم : " انه ليس بزيادة ، لأنه بسبب آخر وهو الرحم " .

قلنا : الرحم للابنة هو البنتية وللأخت هو الأختية ولايتصور فصل الرحم عن هذا في شئ ، وليس للقياس فيه مجال بحالٍ وتعلق الإرث بسبب البنتية والأختية لايدل على تعلقه بوصف القرابة .

وأما كلام مشايخهم :

فَهَوسٌ ، لأنا إنما نضع التركة في بيت المال علَى سبيل انه مال ضاع ولانضعه على انه إرث للمسلمين من قبيل الميت .

وأما عندهم : فإنهم يصرفونه إلى ذوى الإحام على جهة الإرث فكيف يتصور مع هذا وجود سببين أو وجود سبب واحدٍ بل سبب الإرث للأقرباء واحد وهو قرابة على وصفٍ مخصوص ٍ وذلك وُجدَ لأصحاب الفرائض والعصبات ، ولم يوجد في ذوى الأرحام على جهة الأرث فلم يرثوا به .

والله أعلم بالصواب .



(مسألة)

مذهب عمر رضي الله عنه ثبوت التشريك بين الأخ لأب وأم وبين الأخوة من الأم في الثلث المفروض لهم في زوج وأم وأخوين لأم وأخ لأب وأم .[1]

وهذا قول مالك[2] والشافعي .[3]

وعند علي رضي الله عنه لاتشريك ويخلص الثلث للأخوة للأم ويسقط الأخ لأبٍ وامٍ.[4]

وهذا مذهب أبي حنيفة [5] وجماعة من العلماء .[6]

والرواية عن زيد وابن مسعود مختلفة .[7]

---

(١) المغني : ٢٤/٩ ، العذب الفائض : ١٠١/٣ ، الحاوي : ١٥٥/٩ ، المبسوط : ١٥٤/١٩ .

(٢) الإشراف للبغدادي : ٣٣٣/٢ .

(٣) الحاوي : ١٥٥/٩ ، المهذب : ٣٨/٢ ، النكت ورقه ١٩٧/أ .

(٤) المغني : ٢٤/٩ ، العذب الفائض : ١٠١/١ ، الحاوي : ١٥٥/٩ ، المبسوط : ١٥٤/١٩.

(٥) الأسرار : ١٦٨/١ (مراد ملا) ، مختصر الطحاوي ص ١٤٥ ، ١٤٦ ، المبسوط : ١٥٤/١٩ .

(٦) منهم : أحمد بن حنبل ، والشعبي ، والعنبري ، وشريك ، ونعيم بن حماد ، وأبو ثور ، وابن المنذر ، انظر المغني : ٢٤/٩ ، العذب الفائض : ١٠١/١ ، الحاوي : ١٥٦/٩.

(٧) الأسرار : ١٦٨/١ (مراد ملا) ، العذب الفائض : ١٠١/١ ، المبسوط : ١٥٤/١٩.

وعن أبي موسى الأشعري مثل مذهب علي .[1]

وعن عثمان مثل ما ذهب إليه عمر .[2]

لنا : ان الأخ لأب وأمٍ يشارك الأخوة لأمٍ في قرابة الأم وتفرّد بقرابة الأب فإن كانت قرابة الأب لاتوجب لهالتقدم على الأخوة لأمٍ في الإرث فلا توجب التخلف .

والعلة انهم استووا في سبب الإستحقاق فيستوون في الإستحقاق وهذا معنىً ذكره الرجل الذي أتي به عمر رضي الله عنه في هذه المسألة فلما أراد أن لايشرك فقال : هبّ ان أبانا كان عيراً فيالصحراء ألسنا بني أم واحدة ؟[1] فتنبّه عمر لهذا المعنى وقضى بالتشريك .

وأما حقيقة المسألة : هو أن الأخ لأبٍ وامٍ اجتمع له سبب الفرض وهو قرابة الأم وسبب التعصيب وهو قرابة الأب غير أن الشرع منع الجمع لاتحاد الجهة وهي الأخوة ، وإتحاد الشخص فلما غلب جانب الإتحاد وجد الواجب أيضاً ومنع الجمع بين الواجبين ثم قدم سبب العصوبة على سبب الفرض لأنه أقوى ، ثم هذا التقديم إنما يوجد إذا ورث بها فإذا لم يرث بها سقط اعتبار سبب العصوبة وقد وجد سبب الفرض فيفرض له مع سائر الأخوة للأم .

وأما حجتهم :

قالوا : الأخ للأب والأم عصبة فلم يفضل شيئاً عن أصحاب

---

(١) المغني : ٢٤/٩ ، العذب الفائض : ١٠١/١ ، الحاوي : ١٥٥/٩ ، المبسوط : ١٥٤/١٩ .

(٢) المغني : ٢٤/٩ ، العذب الفائض : ١٠١/١ ، الحاوي : ١٥٥/٩ ، المبسوط : ١٥٤/١٩ .

(٣) المبسوط : ١٥٤/١٩ .

الفروض فلا يستحق شيئاً .

دليله : إذا كان بدل الأخ لأب وأمٍ أخ لأب .

ودليله : انه عصبة بالإجماع .

يبينه : انه إذا اجتمعت قرابة الأب والأم فالإرث بقرابة الأب دون قرابة الأم ، ولهذا يكون عصبة ، وإنما قرابة الأم مرجحة فلا تكون سبباً في الإستحقاق بحالٍ في هذا الموضع فلو استحق التشريك في مسألتنا لايستحقه بقرابة الأم وقد بينا انها ثبتت بسبب .

وحرفهم : انه لو كان سبباً للإستحقاق لكان يستحق الفرض بهذه القرابة والتعصيب بتلك / القرابة كالأخ لأم إذا كان ابن عم " . **١٧٦/أ**

قالوا : ولايجوز أن يقال : إن قرابة الأب تجعل كالعدم ، لأنها لو جُعِلت كالمعدومة لجُعلت ليرث مع الأخوة من الأم ، وهذا لايجوز ، ألا ترى ان المرأة إذا تركت زوجاً وأبوين وبنتاً وبنت ابن عالت الفريضة ، ويكون لبنت الابن سدس المال تكملة الثلثين فلو كان معها ابن ابن سقطت بنت الابن ، ولايجعل الابن كالعدم ليرث .

وكذلك زوج وأم وأخت لأب عالت الفريضة أيضاً ، فلو كان مع الأخت أخ لأب أيضاً تسقط الأخت لأب ، ولايجعل الأخ لأب كالمعدوم ليرث ، وهذا لأن جعله كالمعدوم لابد له من دليل .

قالوا : ولأنه لو كان زوج وأخوان لأمٍ وعشرون أخوة وأمٍ للزوج النصف وللأخوين لأمٍ الثلث ، والسدس للأخوة من الأب والأم وان كثروا فإذا جاز إدخال النقص عليهم جاز الإسقاط وكان ينبغي على قياس قولكم " أن يشارك الأخوة لأب وأمٍ الأخوة لأمٍ ثم ينفردون بالسدس " .

الجواب :

ان قولهم " **عصبة** " .

قلنا : مسلم في غير هذا الموضع ، فأما في هذا الموضع فلا .

قولهم " ان قرابة الأب هي السبب في الإرث دون قرابة الأم " .

قلنا : بلى ، في سائر المواضع ، فأما في هذه الصورة فقد بينا وجه التوريث بقرابة الأم .

وأما قولهم " **لايجوز أن تجعل قرابة الأب كالعدم** " .

قلنا : نحن لانجعلها كالعدم ، لكن لما لم يرث بها ورثناها بقرابة الأم بالوجه الذي سبق ذكره .

وأما المسألتان فليستا بنظير مسألتنا ، لأن في مسألتنا قد اجتمع سببان الفرض والتعصيب ، وفي المسألتين لم يوجد إلاّ سبب واحد وهو سبب الفرض عند الإنفراد وسبب العصوبة عند الإجتماع مع الذّكر الذي هو في درجته وإذا كان السبب واحد لم يمكنه أن يجعله كالمعدوم ، وفي مسألتنا لما كان السبب اثنين أمكن أن يجعل أحدهما كالمعدوم ويورث بالآخر .

وأما التعلق بالنقصان :

فليس بشئ ، لأن التوريث بالعصوبة في تلك الصورة ممكن غير أن الإرث بالعصوبة تارة يستغرق جميع المال وتارة يوجد في بعض المال .

وأما في مسألتنا فلا يمكن التوريث بالعصوبة فورثنا بسبب الفرض .

والمسألة مشكلة جداً في المعنى ، والذي ذكرنا وجه الكلام وهو بالغٌ حسنٌ جداً .

قال أبو زيد معترضاً على قول ذلك الرجل لعمر ان الأب إذا كان

حماراً فالأم تكون أتاناً ، والولد يكون جحشاً فلا استحقاق " .[1]

وهذا لايقوله فقيه ، ومَنْ اعترض بمثل هذا على تلك الصورة فقد اعترف بقلة الفهم ، لأن مقصود الرجل لم يكن ليجعل أباه حماراً حقيقة حتى تكون الأم أتاناً ، ولكن المقصود هو الحرف الذي بينّا ، وهو الإعراض عن قرابة الأب والتشريك بقرابة الأم ، وقد كان عمر أفطن الناس ونطقت السكنية على لسانه ودان الحق ونزل الوحي في مواضع بموافقة قوله ، فعرف موضع الحجة وهو الذي سبق شرحه فقضى بما قدمنا .

والله أعلم بالصواب .

❀❀❀❀

---

(١) الأسرار : ١٦٨/١/ب (مراد ملا) .

(مسألة)

الأخوة لايسقطون بالجد عندنا [١] ، وهو مذهب عمر [٢] ، وعلي [٣] ، وابن مسعود [٤] وزيد [٥] رضي الله عنهم .

وأما كيفية التوريث فيها كلام كثير نذكر في المذهب ، وإلى ماقلنا ذهب أكثر أهل العلم . [٦]

وعند أبي حنيفة : يسقطون أصلاً [٧] ، وهو قول أبي بكر الصديق [٨]

---

(١) المهذب : ٤٠/٢ ، النكت ورقه ١٩٦/ب ، الحاوي الكبير : ١٢٢/٩ .

(٢) العذب الفائض : ١٠٦/١ ، المغني : ٦٦/٩ ، سنن البيهقي : ٢٤٨/٦ .

(٣) العذب الفائض : ١٠٦/١ ، المغني : ٦٦/٩ ، سنن البيهقي : ٢٤٨/٦ .

(٤) المصادر السابقة .

(٥) المصادر السابقة .

(٦) منهم : مالك ، والأوزاعي ، وأحمد في أصح الروايتين عنه ، وأبو يوسف ، ومحمد . انظر الحاوي : ١٢٢/٩ ، المبسوط : ١٨٠/١٩ ، الإشراف للبغدادي : ٣٣٢/٢ ، الأسرار : ١/١٦٩/ب ، المغني : ٦٦/٩ ، العذب الفائض : ١٠٦/١ ، الإنصاف : ٣٠٥/٧ ، مختصر الطحاوي ص ١٤٨ .

(٧) الأسرار : ١/١٦٩/ب ، (مراد ملا) مختصر الطحاوي ص ١٤٧ ، المبسوط : ١٨٠/٩ ، وهو رواية عن الامام أحمد ، انظر المغني : ٦٦/٩ العذب الفائض : ١٠٦/١ ، الانصاف : ٣٠٥/٧ .

(٨) العذب الفائض : ١٠٥/١ ، الأسرار : ١/١٦٩/ب (مراد ملا) ، المبسوط : ١٨٠/١٩ ، المغني : ٦٦/٩ ، سنن البيهقي : ٢٤٦/٦ ، وذكره البخاري تعليقاً : ١٨/١٢ .

رضي الله عنه وبه أخذ ابن عباس [١] ، وعائشة [٢] ، وابن الزبير [٣] رضي الله عنهم .

لنــا : ان الجد لو قدّم على الأخوة لقدّم في العصوبة ، ولأن التقديم في العصوبة بزيادة رتبة في الإدلاء بالميت ، ولازيادة للجد في هذا المعنى ، لأن الجد أب الأب والأخ ابن الأب فاستويا بل لو قيل ان الإدلاء بالنبوة في العصوبة فوق الإدلاء بالأبوة كان صحيحاً ، ألا ترى أن الابن يقدم في العصوبة على الأب فإن لم يحجب الجد بالأخ فلا يحجب الأخ به .

والحرف : انهما في القرب سواء فلم يحجب أحدهما بالآخر كالجد لايحجب بالأخ .

وقد حكوا عن علي رضي الله عنه التشبيه بشجرة انشعب منها غصن ثم من الغصن غصن ثم من الغصن غصنان . [٤]

---

(١) العذب الفائض : ١٠٥/١ ، الأسرار : ١٦٩/١/ب (مراد ملا) ،. المغني : ٦٦/٩ ، سنن البيهقي : ٢٤٦/٦ ، المبسوط : ١٧٩/١٩ .

(٢) العذب الفائض : ١٠٥/١ ، الأسرار : ١٦٩/١/ب (مراد ملا) ، المغني ٦٦/٩ ، المبسوط : ١٧٩/١٩ .

(٣) العذب الفائض : ١٠٥/١ ، الأسرار : ١٦٩/١/ب (مراد ملا) ، المغني ٦٦/٩ ، سنن البيهقي : ٢٤٦/٦ ، المبسوط : ١٧٩/١٩ .
وبه قال قتادة ، وأبو ثور ، ونعيم بن حماد ، والمزني ، وابن سريج ، وابن اللبان .
انظر المصادر السابقة ، المهذب : ٢/ ٤٠ ، فتح الباري : ١٢/ ٢٠ ، الحاوي : ١٢٢/٩ ، والمبسوط : ١٧٩/١٩ .

(٤) رواه البيهقي في سننه : ٢٤٨/٦ . ==

وعن زيد : التشبيه بوادٍ انفجر منه نهر ثم من النهر نهران .[1]

فالشجرة هو الجد والغصن الأول هو الأب ، والغصنان هما الأخوان ، وعلى هذا في الوادي .

فالقرب بين الغصنين مثل القرب بين الغصن والشجرة ، لأن القرب في الموضعين بواسطة الغصن الأول بل القرب بين الغصنين أكثر من القرب بين أحد الغصنين وساق الشجرة ، لأن هناك فاصل بين القرب ولا فاصل ههنا .

وأما حجتهم :

قالوا : الجد أب فيسقط الأخوة كالأب / الأدنى . **١٧٦/ب**

والدليل عليه : ان آدم صلوات الله عليه أب البشر بإتفاق المسلمين ويدل عليه قوله تعالى : (**مِلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ** ....)[2] وهو جد .

ويدل عليه : ان النبي ص مر بفتية من أصحابه يتناضلون فقال : ارموا بني اسماعيل فإن أباكم كان رامياً)[3] والمعتمد لهم : أن ابن الإبن ابن في الإستحقاق والحجب ، فإنه ينزل منزلة

(=) وذكره صاحب العذب الفائض : ١/١٠٦ ، وابن قدامة في المغني : ٩/٦٦ .

(١) رواه البيهقي في سننه : ٦/٢٤٧ ، والدارقطني في سننه : ٤/٩٤ .
وذكره صاحب العذب الفائض : ١/١٠٦ ، وابن قدامة في المغني : ٩/٦٦ .

(٢) سورة الحج ، آية (٧٨) .

(٣) رواه البخاري في صحيحه : ٦/٩١ مع الفتح ، باب التحريض على الرمي
وابن ماجه في سننه : ٢/٩٤١ ، باب الرمي في سبيل الله .
والإمام أحمد في مسنده : ١/٣٦ ، ٤/٥٠ .

ابن الصلب بالإجماع ، فكذلك أب الأب أب على معنى انه ينزل منزلته ، وهذا لأن الإسم من الأسماء المشتركة فلا يتصوّر أن يكون ابن الإبن ابناً إلاّ ويكون أب الأب أباً لأن الإبن من غير أب محال ، والأب من غير ابن محال ، وهذا كالأخ مع الأخ .

واستدلوا من حيث الحكم : في ان الجد أب : أن ولايته يجمع المال والنفس ولأن له ولاية الاستيلاد ، ولأن بينهما بعضيّة توجب العتق مثل الأب سواء .

الجواب :

أما قولهم " **إن الجد أب** " .

ترك للحقيقة ، ألا ترى انه يقال أب وليس بجدٍ ، وجد وليس أب وأسماء الحقائق لاتتنفى عن مسمياتها بحالٍ ، ولأن الأب هو الوالد حقيقة ، والجد ليس بوالدٍ حقيقة ، بل هو والد الوالد والذي تمسكوا به من الظواهر فإنما سمى الجد أباً على سبيل المجاز .

وأما قولهم " ان ابن الابن ابن " .

قلنا : لانسلم ، انه ابن حقيقة ، فإنه ابن الابن وليس بابن ، وهذا لأن الابن ولد من الإنسان ، وهذا ولد ولده ، وليس بولده وانما نزل منزلة الابن عند فقده بدليل قام عليه .

فإن قالوا : قولوا إن أب الأب ينزل منزلته عند فقده .

قلنا : لامدخل للقياس في هذا ، فإن ابنة الابن قامت مقام ابنة الصلب عند فقدها ، والجدة لاتقوم مقام الأم عند فقدها بحال .

يدل عليه : ان ابن الابن لما قام مقام ابن الصلب قام مقامه في جميع الأحكام فقولوا : إن الجد أيضاً يقوم مقام الأب في جميع الأحكام ،

وبالإجماع لم يقم .

أما عندنا : فظاهر .

وأما عندهم : لايقوم مقامه في أربعة أحكام : فان الولد يصير مسلماً بإسلام أبيه ولايصير مسلماً بإسلام جده ، والأب يجر الولاء في المسألة المعروفة بخلاف الجد ، ولايشارك الأب في نفقة ولده أحد عندهم بخلاف الجد تشاركه الأم وتكون نفقته عليهما على قدر الميراث .

وإذا ماتت المرأة عن زوج وأبوين ، فيكون للزوج النصف وللأم ثلث ما تبقى ، والباقي للأب ، وإذا كان مكان الأب جد يكون للأم ثلث جميع المال .

فإن قالوا : " لابد من دليل معنوي في أن ابن الابن يكون ابناً ولايكون أب الأب أباً " .

قلنا : لايلزمنا ذلك بعد أن وقع التفريق على المذهبين .

ويمكن أن يقال : إن نسبة الابن إلى أبيه ، وكذلك نسبة ابن ابنه وهذه نسبة لابد منها فلما كان ابن الابن يشارك الابن في النسبة إلى الأب قام مقامه وكان مكانه فيما يختص به من الأحكام وهذا لايوجد في جانب الأب لأنه لايشبه ، إنما هو الإيلاد ، والإيلاد للولد لا لولد الولد .

فإن قالوا : إن لم يكن لأب الأب نسبة فلابن الابن نسبة إليه " .

قلنا : بلى ، ولكن هذه نسبة يختص بها ابن الابن ولايوجد في الجانب الآخر .

وأما الأحكام التي تعلقوا بها فهي : إما تدور على الشفقة أو البعضيّة .

ونحن نسلم ان الجد أشفق وله بعضيّة ليست للأخ .

فإن قالوا : قدّموه بالبعضيّة التي اختص بها .

قلنا : الميراث يدور على القرب لا على البعضيّة ، وعلى أن جانب الجد وان اختص بالبعضية فجانب الأخ اختص بقوة البنوة والبنوة أقوى من الأبوة على ما ذكرنا ، وأيضاً فإن لجانب الأخ قوة أخرى في التعصيب حتى انه يعصّب أخته بخلاف الأب والجد ، وتبين بهذا أن الشرع نزله منزلة الابن .

فإن قالوا : " الفصل الأول باطل ، لأن أب الجد أولى من العم بالإتفاق ولأب الجد أبوة الجد وللعم بنوة " .

قلنا : بلى ، ولكن العمّ بالشرع أخذ طرفاً من الشبه بالأجانب من حيث انه يلد من أجنبية بخلاف الأخ .

وأما قياسهم على الأب :

قلنا : لِمَ قلتم إذا كان الأخوة لايرثون مع الاب وجب أن لايرثون مع الجد ؟

قالوا : " لأن كل جهة قدّمت في العصوبة على جهة فمادام يوجد في تلك الجهة مَنْ يمكن تقديمه يكون أولى وان بعدت درجته كابن ابن الابن وان سفل مع أب الأب ، وكابن ابن الأخ وان سفل مع العم ، وقد وجد ههنا في جهة الأبوة مَنْ أمكن تقديمه في العصوبة وان بعدت درجته وهو الجد وان علا ، فوجب أن يقدم على الأخوة ، وهذا لأن جهات العصوبة على ترتيب معلومٍ : البنوة ، ثم الأبوة ، ثم الأخوة ، ثم العمومة ، ولهذا تكون الولاية في النكاح على هذا الترتيب " .

قلنا : قد/ بينّا أن الأبوة مفقودة في الجد، وقد بينّا **١٧٦/أ** ان قوة الأخ كقوة الإبن .

وأما سقوطهم بالأب ، إنما كان لأنهم يدلون به فيكونون له بمنزلة الفرع

للأصل ، ولو لم يسقطوا بالأب لزاحموه ، والفرع لايزاحم أصله ، وهذا لايوجد إذا كان مكان الأب جد لأنهم لايدلون به ، إنما يدلون بمن يدلي هو به فساووه فجاز أن يزاحموه .

فإن قالوا : " أليس أن أولاد الأم يرثون مع الأم وإن ادلوا به ؟ " .

قلنا : هذا الأصل في العصبات ، فأما في أصحاب الفرائض فلا ، وهذا لأن مَنْ له فرضٌ مقدرٌ لامزاحمة لأحد معه .

فإن قالوا : " أليس أن الجدات لايرثون مع الأم ويسقطن بها لأنهن يدلين بها وإن كانت صاحبة فرض ؟ " .

قلنا : ليس السقوط لهذا لكن لأن جهة الإستحقاق واحدة والأم قد استوفت فرض تلك الجهة على كمالها .

هذا الذي أوردناه في هذه المسألة غاية الإمكان ، والمسألة من المعضلات .

وقد ثبت عن عمر انه قال : « أجرأكم على الجَدّ أجرأكم على النار » .[1]

ونعوذ بالله منها ، والله أعلم .

❀❀❀❀

---

(١) رواه سعيد بن منصور في سننه عن سعيد بن المسيب عن عمر رضي الله عنه في القسم الأول من المجلد الثالث ص ٣٣ رقم (٥٥) ، باب الجد .
وذكره في العذب الفائض : ١/١٠٥ .

(مسألة)

المرتد لايرث ولايورث ❂، ويكون مـاله إذا قُـتلَ أو مـات على الردة لجميع المسلمين فيئاً . [(١)]

وعندهم : يورث ، ويكون ميراثه لقرابته المسلمين . [(٢)]

وفرق أبو حنيفة بين كسب الإسلام وكسب الردة فجعل كسب الإسلام لورثته وكسب الردة فيئاً . [(٣)]

(❂) قال ابن قدامة في المغني : " لانعلم خلافاً بين أهل العلم في أن المرتد لايرث أحداً وهذا قول مالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ، ولانعلم عن غيرهم خلافهم ١٥٩/٩، الحاوي : ١٤٥/٨ .

(١) الأم : ١٣/٤ ، مختصر المزني مع الحاوي : ١٤٥/٨ ،المهذب : ٣١/٢ ، النكت ورقة ١٩٥/أ ، معالم السنن : ٣٢٧/٣ .

وبه قال مالك ، وابن عباس ، وربيعة ، وأبو ثور ، وابن المنذر ، وهو رواية عن الإمام أحمد وهي الصحيحة في المذهب ، انظر الأشراف للبغدادي : ٣٢٨/٢ ، المغني :

١٦٢/٩ ، شرح النووي على مسلم : ٥٢/١١ .

(٢) وبه قال الأوزاعي ، واسحاق ، والحسن البصري ، والشعبي ، وعمر بن عبد العزيز ، وقد روي ذلك عن علي بن أبي طالب ، وابن مسعود .

انظر : معالم السنن : ٣٢٧/٣

وهو الرواية الثانيه للإمام أحمد ، انظر المغني : ١٦٢/٩ ، الحاوي : ١٤٥/٨.

(٣) مختصر الطحاوي ص ٢٦١ ، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب : ==

وأما أبو يوسف ومحمد : فسوّيا بينهما وأثبتا الإرث في الكل . [1]

لنا :

انه كافر فلا يرثه المسلمين .

دليله : سائر الكفار ، وقد دل على هذا النص الوارد في الباب ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام (لايرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم [2] وهذا لأن وجود الموالاة شرط لثبوت الإرث ، ودليل الشرطية ان الوراثة خلافة في الملك ، ومعنى الخلافة « أنه يقوم مقام الميت وننزل منزلـه ويصير

(=) ٨١٧/٢ ، ٨١٨

وبه قال سفيان الثوري ، وزفر بن الهذيل ، انظر معالم السنن : ٣٢٧/٣ ، الحاوي : ١٤٥/٨ ، المبسوط : ٣٧/٢٠ ، الاسرار : ١/١٥٥/ب (مراد ملا) .

(١) مختصر الطحاوي ص ٢٦١ ، شرح معاني الآثار : ٢٦٨/٣ ، الاسرار ١/١٥٥/ب

المبسوط : ٣٧/٢٠ ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق : ٢٨٦/٣.

وانظر حاشية (٢) .

(٢) رواه البخاري في صحيحه : ٥٠/١٢ مع الفتح ، باب لايرث المسلم الكافر.

ومسلم في صحيحه : ٥٢/١١ مع النووي ، كتاب الفرائض .

وأبو داود في سننه : ٣٢٦/٣ ، ٣٢٧ مع المعالم ، باب هل يرث المسلم الكافر .

والترمذي في سننه : ٢٥٧/٨ مع العارضة ، باب ما جاء في ابطال الميراث بين المسلم والكافر .

وابن ماجة في سننه : ٩١٣/٢ .

والدارمي في سننه : ٢٧٠/٢ ، ٢٧١ .

والإمام مالك في الموطأ : ٢٥٠/٦ مع المنتقى ، باب ميراث أهل الملل .

والإمام أحمد في المسند : ٢٠/٥ ، ٢٠٢ ، ٢٠٩ .

كأنه هو المالك المستدام ملكه فإذا انقطعت الموالاة لم تمكن هذه الإقامة ، لأنه وإن كان قريباً نسبا يكون أجنبياً ديناً فتعذرت الخلافة ، كما لو كان أجنبياً في النسب أيضاً .

وأما إذا اتفقا في الدين فقد جمعهما الموالاة ديناً فيكون قريباً نسباً وديناً فأمكن إثبات الخلافة والحكم بالإقامة .

ثم الدليل على انقطاع الموالاة بين المسلمين والكفار نص الكتاب وهو قوله تعالى في الكافرين (بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ....) [1]

وقال في المؤمن (مَا لَكُمْ مِنْ وَلَايَتِهِمْ مِنْ شَيْءٍ ....) [2]

وقال تعالى : (الْمُنَافِقُونَ وَالْمُنَافِقَاتُ بَعْضُهُمْ مِنْ بَعْضٍ...) [3]

وقال في المؤمن (وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ مِنْ بَعْضٍ...) [4]

ومعنى الموالاة « الأخوة في الدين ، وقيام بعضهم بحقوق البعض نصرةً وذبّاً عنه وتنزيلاً إياه منزلة نفسه .

وتدل بعد هذا على أن ماله فئ للمسلمين فنقول : المرتد حربي مقهور في أيدينا فيكون ماله فيئاً للمسلمين .

دليله : سائر أهل الحرب ، ونعتبر كسب الإسلام بكسب الردة وهو اعتبار من أصح الإعتبارات .

---

(١) سورة الأنفال جزء من آية (٧٣) .

(٢) سورة الأنفال جزء من آية (٧٢) .

(٣) سورة التوبة جزء من آية (٦٧) .

(٤) سورة التوبة جزء من آية (٧١) .

وأما حجتهم :

قالوا : روى مثل مذهبنا عن علي ، وابن مسعود .[1]

قالوا : ولأن لأمواله حكم الإسلام بدليل أنه لايكون فيئاً في الحال ، وإنما لم يصر فيئاً في الحال لأجل حكم الإسلام .

يدل عليه : أن لذاته حكم الإسلام بدليل انه لايقر على الكفر ، ولأن عندكم يؤمر بقضاء الصلوات التي تفوته في حال الردة ولأنه لو حدث ولد بين مرتد وكتابية يكون له حكم الردة كما لو حدث بين مسلم وكتابية ، وإذا كان لنفسه حكم الإسلام ، فكذلك لماله ، لأن ماله تبع لنفسه .

وإذا ثبت أن له حكم الإسلام لم يكن فيئاً وإذا لم يكن فيئاً يكون لقرابته من المسلمين لوجود القرابة والوصلة الدينية ، ونعني " بالوصلة الدينية " القدر الذي ثبت له به حكم الإسلام .

قالوا : وعلى هذا سقط قولكم " حربي مقهور في أيدينا " ، لأنه وإن كان كذلك لكن لماله حكم الإسلام فمنع الحكم لماله بالفئ على ما سبق .

وبعضهم قال : المسلم قريب وله ولاية ، لأن ولاية المسلم على الكافر ثابتة في الجملة بخلاف الكفار في حق المسلمين ، لأنه لا ولاية لهم .

وإنما منعنا إرث المسلم من الكافر الأصلي النص ، ولايجوز أن يلحق به المرتد ، لأن كفره غير مستقر بل هو متزلزل فيكون ثابتاً من وجهٍ لا من

---

(١) ذكرهما الطحاوي في معاني الآثار : ٢٦٦/٣ ، والدبوسي في أسراره : ١٥٦/١ (مراد ملا) .

وجهٍ بخلاف الكافر الأصلي فإن كفره ثابت من كل وجهٍ

قالوا : وأما كسب الردة فلم يثبت له حكم الإسلام ، وعلى أن عندنا يملك المرتدُ كسب الردة ملكاً موقوفاً لوقوف تصرفاته فإذا قُتِلَ على الردة أو مات عليها صار كأن لم يملك [١] ،

وقد زال الملك عن ملاكها الا ..... [٢] حقه أن يوضع في بيت المال ، وهذا / لايوجد **١٧٧/ب** في كسب الإسلام ، لأنه قد كان ملكه حقيقة فثبت له حكم الإسلام على ما سبق .

وقد قال بعض مشايخهم [٣]: إن الردة تنزل منزلة الموت ، والمرتد هالك ولهذا المعنى قلنا : انه يزيل الملك بمنزلة الموت ، وإذا نزل بمنزلة الهلاك يكون ماله لقرابته المسلمين ، كما لو مات بدل الردة .

الجواب :

أنا لانسلم ثبوت حكم الإسلام لماله ، ولانسلم ثبوته لنفسه لأنه كافر من أكفر الكفار ، فكيف يثبت له أو لماله حكم الإسلام ؟ .

وإنما لم يقسم ماله على المسلمين في الحال ، لأن الشرع وَرَدَ بحمله على الإسلام ، والظاهر عوده ، وإذا عاد جعلنا إسلامه بمنزلة المطرد المستمر فلأجل هذا انتظرنا حاليه في العود أو الإستقرار على الكفر ، ولم نجعل ماله فيئاً في الحال ، وهو نظير النكاح على أصلنا على ما عرف في

---

(١) الأسرار : ١/١٥٤/ب ، ١٥٥/أ (مراد ملا) .

(٢) الكلمة مطموسة في المخطوط ولعلها « الأول فكان من ... » .

(٣) منهم أبو يوسف ومحمد . انظر الأسرار : ١/١٥٦/أ (مراد ملا) .

النكاح [1] ، وهذا كما في كسب الردة على أصلهم لايكون فيئاً في الحال بل ينتظر ما بينا لما ذكرنا .

وأما قولهم « يجب عليه قضاء الصلوات التي تركها في حال الردة » .

قلنا : ليس ذلك لأجل ثبوت حكم الإسلام له ، بل لأجل إلتزامه السابق على ماذكرنا في تلك المسألة [2] ، وهذا لأن جميع الكفار يخاطبون بالشرائع لكن سقط عن الكافر الأصلي مالزمه تخفيفاً ، والمرتد لايستحق التخفيف ، وكذلك الحمل على الإسلام ليس لأجل ثبوت حكم الإسلام له بل لتغلّظ كفره ، كما قالوا في مشركي العرب : يحملون على الإسلام بالسيف ، وليس لهم حكم الإسلام بوجهٍ ما .

وإذا بطل هذا الأصل استقام أن يجعل كسبه فيئاً فلم يكن لورثته .

وأما قولهم : " إن الأصل أن يرث المسلم من الكافر لأجل ثبوت ولايته " .

قلنا : هذا تعبد ، لأن الموالاة شرط على ما قدمنا ، وقد انقطعت من الجانبين ، والعذر عن كسب الردة ضعيف ، لأن كسب الردة عندهم مثل كسب الإسلام في أنه يكون له عند إسلامه فوجب أن يكون مثل كسب الإسلام في أنه يكون لورثته عند قتله .

وقولهم : " **إنه لم يملك** " .

قلنا : فينبغي أن لايكون فيئاً أيضاً ، لأن حكم الفئ لما مَلَكَه

---

(١) وهو أن الفرقة بين الزوجين في الردة لاتقع في الحال إذا كان المرأة مدخولاً بها بل تتأجل حتى إنقضاء العدة ، انظر النكت ورقه ٢٠٧/ب .

(٢) انظر مسألة : المرتد عن الإسلام يلزمه قضاء ماترك من الصلاة : ٢٥٣/١ (من الإصطلام) .

المرتد لا لما لم يملكه ، وعلى أنهم لما قالوا في المكاتب إذا ارتد وقُتِلَ على الردة يعطي نجوم كتابته من كسبه وأعتق ، ويكون كلا كسبيه أعني ـ كسب الإسلام ، وكسب الردة لورثته المسلمين [1] ، وهذه مناقضة ظاهرة .

وأما قول مشايخهم : " ان الردة موت " .

فمحال ، بل هو كفر فيلتحق بالكفار لا بالموتى فلئن كان هو هالكاً فسائر الكفار هلكى ، وإن كان سائر الكفار أحياء فهو حي ، ثم هذه الطريقة باطلة على أصولهم : فإن عندهم : لو حدث ولد له بعد الردة بعلوق حادثٍ يرث [2] وإن كانت الردة موتاً على مازعموا وجب أن لايرث إلاّ ما كانوا موجودين عند ردته .

وكذلك قالوا : لو هلك بعض الورثة بعد الردة قبل القتل لايرث ، ويعتبر عدد الورثة عند الهلاك لا وقت الردة .[3]

وهذا دليل قاطع .

وهاتان المسألتان قد نصوا عليها فبطلت الطريقة قطعاً بما قلناه .

والله أعلم بالصواب .

(١و٢و٣) انظر الأسرار : ١/١٥٦/أ (مراد ملا) .

(مسألة)

قتل الصبي والمجنون يوجب حرمان الميراث عندنا .[1]

وعندهم : لايوجب .[2]

لنا :

إنه قتل بغير حقٍ فيوجب حرمان الإرث .

دليله : قتل المخطئ ، وهذا لأن حرمان الإرث حكم يتعلق بنفس حصول القتل بغير حقٍ سواء اتصف بالعدوانية أو لم يتصف أو اتصل به الإثم أو لم يتصل بدليل تعلقه بقتل الخطأ وهو غير موصوفٍ بالعدوانية ولا هو قتل مؤثم ولكن لما كان حصوله بغير حقٍ أوجب تعلق هذا الحكم .

فإن قالوا : وَلِمَ قلتنا: لأنه سبب قاطع للموالاة التي هي شرط الإرث ، لأن القتل إهلاك ، ولابقاء للموالاة مع الإهلاك فأشبه اختلاف الدين وانقطاع الموالاة يستوي فيه البالغ والصبي بدليل انقطاعه باختلاف الدين .

وأما حجتهم :

قالوا : جزاء فعل محظور فلا يتعلق بقتل الصبي .

دليله : القود ، وهذا لأن حرمان الإرث لايقابل المحل لأن ما يقابل المحل يكون وجوبه على طريق الجبر للمحل وحرمان الإرث لايحصل به جبر المحل بحالٍ .

---

(١) النكت ورقه ١٩٥/أ ، الحاوي : ٨٥/٨ .

(٢) الأسرار : ١٧٣/١/أ (مراد ملا) ، المبسوط : ٤٨/٢٠ ، إيثار الإنصاف في آثار الخلاف ص ٤٠٦ .

فدل انه يقابل الفعل ليكون جزاءً له مثل القود ، والجزاء على الفعل لايثبت إلاّ بعد أن يكون الفعل محظوراً وفعل الصبي غير محظورٍ ، لأن الحظرية بالخطاب ولا خطاب على الصبي بحال .

قالوا : وهذا خلاف قتل الخاطئ فإن قتل الخاطئ قتل محظور ، لأنه أهل الخطاب إلا أنه لم يُعْفَ عن الخطأ ، والخطأ صفة لذاته ، ولايتعدى إلى المحل فبقى الفعل محظوراً فيما / يرجع إلى **١٧٨/أ** المحل فصار قتل الخطأ محظوراً من وجهٍ لا من وجهٍ ، فمن الوجه الذي هو محظور صلح أن يكون سبب الحرمان ويكون حرمان الإرث جزاءً له .

وأما قتل الصبي فليس بمحظور بوجهٍ ما ، فلم يصلح أن يكون الحرمان جزاءً له ، وقد وجب جزاءً على الفعل المحظور ، ولهذا المعنى لايتعلق بغير المحظور بحالٍ، ولأنه إذا لم يكن جبراً للمحل فلابد أن يكون جزاءً على المحل .

وقد قال بعض مشايخهم :

ان الخاطئ مقصّر وبتقصيره يقع له الخطأ فيجوز أن يُجازي بفعله ، ولأنه متهم في الفعل يجوز أنه تخاطأ وليس بخاطئ .

وأما في مسألتنا فلا تهمة .

قالوا : ولايجوز أن يقال ان قتل الصبي إن لم يكن محظوراً فليس بمباحٍ فيجوز أن يعلق به الحرمان فإن فعل الصبي ليس بمحظورٍ ولامباح ، لأن كلاهما بالخطاب ولاخطاب فهو كفعل البهائم .

الجواب :

لانسلم انه جزاء الفعل ، لأنه يتعلق بقتل الخاطئ ، ولايجوز أن يجازي الخاطئ على فعله ، لأنه لاينهي عنه فيقال لاتخطء فكيف يجازى عليه ؟

ولأن الله تعالى وضع عنه الخطأ بنص الكتاب فلم يتصوّر جزاءه عليه ، ولأنه إذا كان جزاء الفعل ففي العمر قد جوزي بالقتل فلا معنى للمجازاة بغيره ، وفي الخطأ إن كان الحرمان جزاء على القتل فيجب أن لا يخلو عنه بحالٍ ، ويخلو عنه إذا كان القتل في غير المورث فأين الجزاء في هذه الصورة ؟ وإذا خلا عنه في صورة يجوز أن يخلو عنه في سائر المواضع ، ولأنه لو كان في القتل جزاء الفعل لكان في الكفر جزاء الكفر ثم ينبغي أن يكون في جانب الكافر دون المسلم ، فدل أن جعله جزاء الفعل أو عقوبة الفعل لا وجه له ، وإنما هو متعلق بصورة القتل اينما وُجِدَ أو متعلق بقتلٍ يحصل بغير حق لحصول انقطاع الموالاة بصورته .

وأما قولهم " **إن الخاطئ من أهل الخطاب** " .

قلنا : نعم ، في غير ما وقع فيه الخطأ ، فأما فيما أخطأ فيه فلا ، والكلام فيه .

وأما قولهم : " **إنه مقصر أو متهم بالتخاطئ** "

قلنا : وههنا يتهم بالتصابي والتجانن ، وعلى أنه إذا رمى سهماً إلى صيدٍ فاعترض مورثه فأصابه لاتقصير ولا تهمة في هذا الموضع ، والحرمان ثابت . **والله أعلم بالصواب** .

مسألة :

إذا أوصى لواحدٍ بالثلث من ماله ، ولآخر بنصف من ماله ولم يجز الورثة يقسم الثلث بينهما على خمسة أسهم لصاحب النصف ثلاثة ، ولصاحب الثلث سهمان . (١)

وعند أبي حنيفة رحمة الله عليه : يقسم بينهما سهمين . (٢)

لنا :

إن الوصية بالنصف وصية صحيحة في نفسها ، بدليل أنه أوصى بملكه فيصح ، كما لو أوصى بالثلث ، ولأن الورثة لو أجازوا جازت الوصية من قبل الموصي ، وصار معنى الإجازة منهم انه كان لهم رد هذه الوصية فإذا أجازوا واسقطوا حقوقهم فجازت الوصية من قبل الموصى ، وإذا ثبت أن أصل الوصية صحيحة فنقول : ثبوت الرد للورثة لحقهم ، وحقهم في سلامة الثلثين ومنع البخس فيه فصار عمل ردهم للوصية مقصوراً على هذا القدر وهو منع الإستحقاق فيما وراء الثلث فبقيت الوصية عاملة فيما وراء هذا وهو إثبات المفاضلة بين صاحبي الوصية

---

(١) الأم : ٣٣/٤ ، مختصر المزني مع الحاوي : ٢٠٦/٨، المهذب : ٥٩٦/١ ، النكت ورقه ١٨٥/ب ، الحاوي : ٢٠٧/٨ .
وبه قال الصاحبان . انظر مختصر الطحاوي ص ١٥٨ ، مختصر القدوري : ٣٧٣/٢ ، (مع الجوهرة) ملتقى الأبحر : ٥٤٨/٢ .

(٢) مختصر الطحاوي ص ١٥٨، مختصر القدوري : ٣٧٣/٢ (مع الجوهرة) ملتقى الأبحر : ٥٤٨/٢ .

لثبوت ضرر كل واحد منهما بقدر سهمه في الوصية، ويجوز صحة الوصية لهذا العمل ، بدليل ما لو أوصى لواحدٍ بالثلث ولآخر بالثلث ولآخر بالسدس فلم يجز الورثة فضاربوا بقدر السهام المسماة لهم في الوصية ، ولو أجازت الوصية الورثةُ استحق كل واحد منهم وصية على الكمال وعند الرد تضاربوا بالسهام .

والحرف : ان الوصية بعد الرد أمكن إبقائها على الصحة لفائدةٍ مطلوبةٍ وهي المفاضلة بالمضاربة فبقيت على الصحة كما بيّنا ، وهذا لأن العقد متى أمكن إبقاءه على الصحة بوجهٍ مالايبطل حكمه كما اذا أمكن ابقائها على الصحة بكل وجهٍ لايبطل حكمه بوجهٍ ، فصارت ..... (١) العول في الفرائض المسماة في المواريث .

/ وأما حجتهم . ١٧٨/ب

قالوا : الوصية بما زاد على الثلث وصية تناولت حق الغير فإذا رد الغير ذلك منه لم يضرب به .

دليله : الوصية بمال الجار ، وربما يقولون وصية بما لم يجعل له الوصية به فلا يثبت به حق الضرب، ودليل الوصف أن حق الورثة ثابت في الثلثين ، والوصية تناولت هذا الحق ، ولأن الوصية جازت بخلاف القياس ، لأنه تمليك بعد الموت ، وإنما جازت بإطلاق الشرع ، والشرع إنما أطلق الوصية بالثلث لابما زاد عليه بدليل قوله عليه الصلاة والسلام " الثلث ، والثلث

(١) الكلمة مطموسة في المخطوط ولعل العبارة " على التفاضل مثل " وقد وَرَدَ مثل هذه العبارة في الحاوي ٨/٢٠٧ .

كثير .... " .[1]

ولأنه عليه الصلاة والسلام قال : إن الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم ....) .[2]

وحرفهم : ان الوصية لمالاقت حق الغير بطلت برد الغير ، والضرب بالوصية الباطلة باطل .

قالوا : وقولكم ان الوصية تبقى صحيحة في إثبات المفاضلة " . لايصح ، لأن إثبات المفاضلة فرع الإستحقاق ، لأنه عقد استحقاق فإذا لم يصح الوصية في الإستحقاق لم يصح فيما هو تبع له .

ألا ترى أنه لو أوصى لواحدٍ بالثلث ولوارثه بالثلث فبطلت الوصية للوارث استحق الأجنبي كل الثلث ، ولايقال ثبتت الوصية في ادخال النقص على الأجنبي حتى يرتد وصيته إلى النصف بل قيل هذا تبع الإستحقاق فإذا بطلت الوصية في الإستحقاق بطلت فيما هو تبع له .

قالوا : ولاتلزم الوصية بالألف والألفين ، والثلث يضيق عنهما ، لأن تلك الوصية لم تلقِ حق الغير بيقين فإنها محتملة للجواز من غير إجازة الورثة بخلاف مسألتنا فإن الوصية بما زاد على الثلث لاقتَ حق

---

(١) رواه البخاري في صحيحه : ٣٦٩/٥ مع الفتح ، باب الوصية بالثلث .
ومسلم في صحيحه : ٧٧/١١ مع النووي ، باب الوصية بالثلث .

(=) والترمذي في سننه : ١٩٧/٤ ، ١٩٨، مع العارضة ، باب ما جاء في الوصية بالثلث .
وأبو داود في سننه : ٢٨٤/٣ ، ٢٨٥ مع المعالم ، باب ما جاء مالايجوز للموصي في ماله .

(٢) رواه ابن ماجة في سننه : ٩٠٤/٢ ، باب الوصية بالثلث .

الغير بيقين ، لأنها لاتحتمل الجواز إلا بالإجازة من الورثة .

وعلى مثال هذا اعتذروا عن الوصية بالثلث ، والثلث والسدس ، لأن الوصية لم تلاق حق الغير ، ألا ترى أن كل واحد من الوصيين يحتمل الجواز من غير إجازة الورثة بأن يرد أحدهما الوصية فيجوّز الثاني .

واعتذروا عن المحاباة بالألف والألفين ، وعن عتق العبد الذي يساوي ألفاً والذي يساوي ألفين وضاق الثلث عنهما بمثل عذرهم عن الوصية بالألف والألفين وضاق الثلث عنهما .

الجواب :

أما قولهم : " **ان الوصية لاقت حق الغير** " .

إنْ عنوا ملكاً، لانسلم ، وإنْ عنواً منعاً عن البخس بحقهم في الثلثين ، فمسلم ، ولكن قد منعنا ، وإنما ابقينا الوصية لمعنىً لاتعلق له بحقهم على ما سبق بيانه " .

أما قولهم : " ان إثبات المفاضلة بين الموصى لهما تبع للإستحقاق ، لانسلم ، بل هو أصل ، لأن إثبات المفاضلة نص كلامه ، وأيضاً فإن إثبات الزيادة للموصى له بالنصف مقصود له مثل إثبات أصل الحق ، وأما مسألة الوصية للوارث والأجنبي فنحن نقول : ان الوصية للوارث بالثلث باطلة أصلاً ، ولاتجوز بالإجارة بخلاف مسألتنا .

وأما عذرهم عن الوصية بالألف والألفين يبطل بما لو أوصى بعبدٍ قيمته نصف ماله وبعبدٍ قيمته ثلث ماله فلم يجز الورثة فإن عندهم يتضاربان بالسوية وإن كان لم يصادف حق الغير بيقين ، لأنه لو زاد ماله وخرجت الوصيتان من الثلث صحتا من غير إجازة .

وأما عذرهم عن الوصية بالثلث والسدس ، فالإلزام كلتا

الوصيتين لا إحديها ، ولايتصوّر جواز كلا الوصيتين إلا بإجازة ، وأما الذي ذكروه إنما هو تصوير في إحديهما ، والإلزام قائم .

والله أعلم بالصواب .

(مسألة)

إذا أوصى بجميع ماله ولا وارث له ، لم يصح إلاّ في الثلث عندنا .[1]

وعندهم : يصح في الجميع .[2]

لنا : ان المسلمين ورثة فإذا أوصى بجميع ماله لم يصح إلاّ في الثلث ، كما لو كان له ورثة من الأقرباء .

والدليل على أن المسلمين ورثة انهم يعقلون عنه ، والعقل قرينة الإرث بدليل قوله ﷺ (الخال وارث مَنْ لاوارث له يرث ماله ويعقل عنه) .[3] ، ولأنه لو قُتل وجب القصاص .

يبينه : ان الإمام يقتص من القاتل ، ولايخلو إما أن يقتص نيابة عن الله تعالى أو عن المسلمين ، ولايجوز نيابة عن الله تعالى ، لأن ليس القصاص بحق الله فدل انه نيابة عن المسلمين ولهذا المعنى لو انقلب دية تكون الدية لهم ، ولأن المسلمين يملكون تركته كالأخوة من بعد موته بسبب الأخوة في الدين فصاروا حيث النسب لما ملكوا تركته بعد موته بسبب الأخوة في القرابة كانوا ورثته ، كذلك ههنا .

---

(١) الأم : ٢٩/٤ ، المهذب : ٥٨٨/١ ، النكت ورقه ١٨٦/ب ، الحاوي : ١٩٥/٨ ، معالم السنن : ٢٨٥/٣ .
وهو رواية عن الإمام أحمد وبه قال : مالك ، والأوزاعي ، وابن شبرمة .
انظر المغني : ٥١٦/٨ ، الاشراف للبغدادي : ٣٢٣/٢ .

(٢) وبه قال ابن مسعود ، وعبيدة السلماني ، ومسروق ، وإسحاق وهو رواية عن أحمد ، المبسوط : ١٨/١٩ ، المغني : ٥١٦/٨ ، مختصر الخرقي : ٥١٦/٨ (مع شرحه المغني) ، معالم السنن : ٢٨٥/٣ .

(٣) تقدم تخريجه في مسألة ذوى الأرحام (كتاب الفرائض) .

وأما حجتهم :

رووا عن ابن مسعود [1] مثل مذهبهم .

قالوا : ولأن جميع ماله في هذه الصورة مثل ثلث ماله إذا كان له ورثة، فإذا جاز هناك وصية في ثلث ماله جازت ههنا في جميع ماله .

وإنما / قلنا ذلك ، لأن الوصية بثلث ماله إنما صحت لأنها **١٧٩/أ** صادفت خالص حقه فصحت ، وأما الوصية بمازاد على الثلث صادفت حق الغير وهم الورثة على ما سبق فلم يجز ، وههنا وصية بجميع ماله صادفت خالص حقه لأنه ليس له ورثة حتى يتعلق حقهم بماله فنفذ وصيته كما نفذت في الثلث في الصورة الأولى .

والدليل على أن المسلمين ليسوا بورثة انه لاسبب لإرثهم .

وهذا لأن أسباب الإرث محصورة ، ولم يوجد شئ منها ، ولأنه لو أوصى لواحدٍ من المسلمين فإنه يجوز ، ولو كانوا ورثة لم يجز ، لأن الوصية للوارث باطلة .

قالوا : " وأما وجوب العقل في بيت المال يمنع إهدار الدم " .

وأما القصاص ، قالوا : " ممنوع بل لايجب " .

قالوا : " وأما قولكم إنهم يملكون ماله بعد موته "

قالوا : إنما وضع في بيت مال المسلمين من حيث انه مال ضائع فللمنع من الضياع صرف إليهم ، لا لأنهم ورثة ، وهذا لأن موضع المال الضائع بيت المال ، وبيت المال حق المسلمين فلا يجوز أن يمنع من الوصية بحق بيت المال ، لأن العقد متى صدر من المالك في ملكه لايُمنع منه إلاّ

---

(١) انظر المغني : ٥١٦/٨ ، المبسوط : ١٨/١٩ .

بحقٍ قائمٍ في المحل ، فإن الأصل ان العقد من الإنسان يصح بملكه " .

وإنما يُمنع منه لحق غيره ، كما في مسألة الراهن فإن الراهن يُمنع من تصرفه في المرهون لحق المرتهن وهو حق قائم في الحال فيستقيم إحالة المنع عليه .

وإذا ثبت هذا الأصل فحق الورثة فيما زاد على الثلث حق قائم في حالة المرض على ما ذكرنا في كتاب الإقرار فقيام حقهم يمنع تصرف المريض فيه ، فأما في مسألتنا فلا حق للمسلمين في حالة المرض ، لأنهم ليسوا بورثة ، وإنما الموت حصل لا عن استحقاق فلو لم يضع في بيت المال ضاع والضياع يكون بعد الموت لهلاك مالكه وعدم وارثٍ يملكه فصار حق بيت المال ثابتاً بعد الموت فلم تصادف الوصية حقاً قائماً حتى يكون ذلك الحق مانعاً منه ، وإنما نهاية ما في الباب أن تصرفه منع الصرف إلى المسلمين أو منع ثبوت حقهم بعد الموت ، وهذا لايصلح مانعاً من التصرف بعد ان صادف تصرفه ملكه ، لأنه ما من تصرفٍ بالتمليك إلاّ وهو مانع من ثبوت حقٍ كالتمليك في حال الصحة يمنع ثبوت الحق بالمرض ، وإنما المانع حق قائم في الحال يعترض التصرف عليه بالإسقاط ولم يوجد في مسألتنا ، هذا عمدتهم .

قالوا : ولايجوز أن يقال مازاد على الثلث ليس بمحل الوصية أصلاً ، لأن القياس أن لاتجوز الوصية ، لأنه تمليك معلق بالموت فصار كما لو علقه بسبب آخر ، ولأنه تمليك في مجهولٍ أو معدومٍ فلايجوز واحد منهما ، وإنما جازت بالشرع والشرع وَرَدَ بها في الثلث خاصة بدليل خبر سعدٍ المعروف في الباب فخرج مازاد عليه على المحلية ، وذلك لأن مازاد على الثلث محل الوصية لأن الوصية عقد تمليك فإذا كان الثلث محلاً له كان جميع المال محلاً له كسائر الحقوق ، ولأن الورثة

لو أجازوا جاز ، ولو كان مازاد على الثلث ليس بمحل الوصية أصلاً لم يجز وإن أجازوا .

قالوا : ولايجوز أن يقال : انه يجوز هبةً من قبل الورثة ، لأنه لو كان هبة لكان لايجوز في المجهول ، ولو أوصى بجميع ماله لإنسانٍ فأجاز الورثة جاز ، وإذا جعلنا هبة من قبل الورثة لم تصح ، كما لو وَهَبَ جميع ماله ، ولأنه لايفتقر إلى القبض ولو سلكوا هبةً لم يملكوا قبل القبض ، ولأنه تجوز الوصية بما تلده أغنامه وبما يثمر نخيله فيما زاد على الثلث إذا أجاز الورثة ولو كان جوازه جواز الهبات لم يجز .

قالوا : وأما قولكم تمليك متعلق بالموت " .

فلا يصح ، لأنه إنما لايجوز تعليق الملك بشئ في حال الحياة أما إذا علّقه بالموت على جهة الوصية يجوز ، كما يتعلق بالموت على جهة الوراثة .

الجواب :

انا بيّنا ان المسلمين ورثة ، وعلته الإعتماد .

وقولهم : " **إن الوراثة لابد لها من سبب** " .

قلنا : سببها الأخوة في الدين .

فإن قالوا : ما قولكم في كافرٍ يموت وليس له وارث من الكفار ؟

فإن في هذه الصورة لايجوز أن يقال ان المسلمين ورثة له ، لأن اختلاف الدين يمنع الإرث والخلاف في الصورتين واحد .

الجواب :

إذا قلنا : لايرثه المسلمون ينبغي أن تجوز وصيته بجميع المال وإن منعنا وصيته بجميع المال كما يمنع وصيته للمسلمين نقول : إن المسلمين يرثون من الكفار بولاية الحماية ، واختلاف الدين مانع من الإرث بجهة القرابة

لابجهة الإسلام .

وأما الذي تعلقنا به من فصل تحمل العقل ووجوب القصاص ، فتعلق صحيح ، لأن القصاص باطل على قول أبي حنيفة ومحمد / **١٧٩/ب** وإنما لايجب على قول أبي يوسف .

وأما قولهم " **ان تحمل العقل كان يمنع إهدار الدم** " .

قلنا : أوجبوا الدية في مال القاتل حتى لاتهدر ، كما لو أقر بالقتل ولم تصدقه العاقلة تجب الدية في ماله .

وأما قولهم : " لو أوصى لبعض المسلمين يجوز " .

قلنا : المنع من وصية الوارث حتى لايوجد الجمع بين الوصية والإرث .

وهنا لاجمع ، لأن الإمام يجوز أن لايُضعْ من الموُصَى له شيئاً .

فإن قالوا : ما قولكم اذا وضع " .

قلنا : ينبغي أن لاتجوز الوصية حتى لايؤدي الى الجمع بين الوصية والإرث والذي قالوا : ان الإرث غير ثابت للمسلمين لكن توضع التركة في بيت المال لأنه مال ضائع .

قلنا : ما من تصرفٍ في جهة إلاّ وإذا لم يصرف اليها يكون ضائعاً ، وعندنا لاضياع أصلاً ، لأن المسلمين ورثة . والله تعالى أعلم .

□□□□

(مسألة)

إذا أوصى إلى إنسانٍ في شئ لايصير وصيّاً في كل الأشياء عندنا .[(١)]

وعندهم : يصير وصيّاً في كل الأشياء .[(٢)]

وعلى هذا لايجوز للمُوصَى أن يوصى إلى غيره[(٣)] ، وعندهم : يجوز .

لنا :

انه متصرف بالأمر فلم يتعد تصرفه عن ما أُمر به إلى غيره .

دليله : الوكيل ، والدليل على أنه متصرف بالأمر انه يقول له : " تصرف بعد موتى " وهذا أمر .

وقوله " أوصيتُ إليك أو غوّضت إليك ، أو تصرف " فإن الكل بمعنىً واحد .

يدل عليه : ان الأمر يقتضى فعل المأمور ، ويمكن أن يقال : إن الأمر بصيغته يقتضي الإئتمار ، والإئتمار فعل المأمور ، والمأمور ما نُصّ عليه في الأمر . وأما التصرف في غير المأمور أو تفويض الأمر إلى غيره فكل ذلك ليس من الإئتمار في شئ إذ هو غير الإئتمار فلا يملكه .

وأما حجتهم :

ذهبوا إلى طريقين :

---

(١) المهذب : ٦٠٥/١ ، النكت ورقة ١٨٧/ب ، الحاوي : ٣٣٦/٨ .
وبه قال الصاحبان وبه أخذ الطحاوي والحنابلة .
انظر مختصر الطحاوي ص ١٦٢ ، المغني : /٥٥١ .

(٢) مختصر الطحاوي ص ١٦٢ ، الأسرار : ٢٣٨/٢/أ مراد ملا .

(٣) المهذب : ٦٠٥/١ ، الحاوي : ٣٣٦/٨ ، النكت ورقه ١٨٧/ب .

أحدهما : انه متصرف بالولاية فلا يختص تصرفه بشئ دون شئ .

دليله : الجد .

والدليل على أنه متصرف بالولاية أن الوصية إثبات خلافة في التصرف كما أن الوصية إثبات خلافة في الملك .

والدليل عليه :

أن أمره يسقط بموته فلا يجوز أن يتصرف غيره بأمره لأن مَنْ لا أمر له لايتصرف عن أمره غيره .

وإنما طريق تصرفه أن بالوصاية يصير خليفة له في التصرف على معنىً انه يكون قائماً مقامه شرعاً مثل الأب والجد في حق الطفل ثم إذا صار خليفة يتصرف حينئذ بذلك لا بأمره ، إلاّ أن سبب هذه الخلافة هي الوصاية ، وقد ثبت سبب خلافته له في الحال ، ويظهر بعد الموت ، لأن عمل الخلافة أن يقوم مقامه وذلك يكون بعد هلاكه وإنعدامه ، وهذا كما تقول : في القريب انعقد له سبب الخلافة في حال الحياة ثم يكون له خليفة بعد الموت في الملك كذلك ههنا انعقد له سبب الخلافة في حال الحياة ثم زمان خلافته بعد الموت ، فثبت انه متصرف عن ولايةٍ لا أمر فلم تختص ولايته بشئ دون شئ .

دليله : سائر الولايات لأربابها .

واستدلوا من حيث الحكم في أنه متصرف عن ولايةٍ لا عن أمر : بأنه لو أطلق الوصاية يصير وصياً ، ولو كان تصرفه عن أمر لم يصح ما لم يعيّن المأمور به كما نقول في الوكيل ، ولأنه لايصح الوصاية الى الفاسق ولو كان تصرفه عن أمرٍ لم ينافه الفسق كالوكيل .

وأما الطريقة الثانية :

قالوا : الشئ تارة يثبت نصاً وتارة يثبت دلالة وقد يوجد بدليل الوصاية في الباقي ان لم يوجد النص ، وذلك الدليل هو انه مختار الميت في البعض ، ومختار الميت في بعض أمره أولى بالتصرف ممن ليس بمختار له في شئ من أمره ، وهذا لأنه لابد في الباقي من قيم ينصبه القاضي ، وهذا الوصي مختاره في البعض ، والقَيّم ليس له بمختارٍ في شئ ما ، فيكون مختاره في بعض أموره أولى ممن ليس بمختارٍ له في شئ على ما ذكرناه ، أو يكون رضاه بتصرفه في بعض الأشياء رضى بتصرفه في باقي الأشياء وليس كالوكيل ، لأن الموكل من أهل التصرف بنفسه فلا يكون اختياره في بعض الأشياء دليلاً على اختياره في باقي الأشياء بخلاف مسألتنا على ما سبق .

قالوا : وأما توقيت الوصاية إنما صح على معنىً انه إذا قال : أنت وصيّ ما لم يقدم فلان " فلا يكون الحاضر خلفاً عن الغائب وإذا حضر الغائب فقد ظهر الأصل ولابقاء للخلف مع الأصل فسقط حكم الخلف مع وجود الأصل .

قالوا : وعلى هذا يجوز للوصي أن يُوصي ، لأنا ان جعلنا المُوصي متصرفاً بالولاية فيجوز له الإستنابة ، وكذلك إذا قلنا بالخلافة فيجوز أن يعقد بسبب الخلافة لغيره حتى يكون ذلك الغير قائماً كما انه قام مقام الغير ، وكذلك وَصُيٌّ وصيّه مختار مختاره / فيكون **١٨٠/أ** مختار مختاره أولى من مختار غيره .

الجواب :

ان عندنا تصرف الوصي عن أمرٍ بدليل المحسوس الذي بيناه أنه يقول :

«امرتُك كذا " فيفعله المأمور ، ولايعرف الأمر والتصرف عن أمرٍ إلاّ بهذا .

وأما قوله : " إن الوصاية إثبات خلافة " .

قلنا : إثبات الخلافة لايعرف فنقول لهم ما معنى هذا ؟ .

قالوا : معناه انه يعقد لغير سبباً حتى يقوم ذلك الغير بذلك السبب مقامه ويصير كانه هو في التصرف ، وكذلك في الوصية يعقد لغيره سبباً في الثلث حتى يقوم ذلك الغير بذلك السبب مقامه ويصير كأنه هو في الملك " .

قلنا : هذا الذي قلتم من أين قلتم انه يُملّكه ؟ " .

قالوا : للحاجة .

قلنا : وأين الحاجة ؟ .

قالوا : لأنه يبطل أمره بموته فلا يصح تمليكه بعد موته فلا يتصور تصرف الوصي وملك الموصي له إلاّ على هذا الوجه الذي قدمنا .

قلنا : إنما يبطل أمره بموته إذا عقد عقد الأمر في زمان الحياة فإذا انتهت الحياة ارتفع الأمر ، فأما إذا عقد العقد لأمرٍ بعد موته فكيف يبطل بموته ؟ .

فإن قالوا : لايصح أمره بعد موته لأن أمره إذا بطل في حق نفسه بطل في حق غيره .

قلنا : لا ، بل أمره بعد موته قائم باقٍ .

والحرف : ان عندنا بقى أمره بعد موته في ماتتناوله الوصاية شرعاً بعد موته ليصح تصرف وصيّه ، وكذا في الوصية يبقى ملكه بعد موته شرعاً بقدر ما يصح تمليكه فيه فيكون الوصي متصرفاً عن أمره ، والموصي له مالكاً عن تمليكه ، وهذا لأن الملك سبب مطلق للتملك ، لأن صحته

بأمثلةٍ قد عرفناها في أصول الشرع .

فأما اطلاق نصب خليفة عن نفسه حتى يصير خليفة كأنه هو واستنابة في أمور الدنيا نائباً عن نفسه في أملاكه وتصرفاته ويصير ذلك الخليفة على مثاله في حال حياته ، فهذا أمر لايعرف ولادليل على ذلك لامشروعاً ولامعقولاً .

وأما قولهم : " لو أطلق الوصاية يصير وصيّاً " .

قلنا : فيه وجهان .[1]

وعلى أنا إنْ سلمنا فهو بدليل العرف .

وأما الوصاية إلى الفاسق فقد منعوا أيضاً ، وان سلمنا فمنع الوصاية إليه نوع نظرٍ زائدٍ من قبل الشرع حتى يكون نصبه مَنْ يتصرف له بعد موته وسقوط تسلطه عليه بالعزل والتنفية من يكون له نظر في تصرفه له ويكون مأمون الخيانة من جانبه .

وأما الطريقة الثانية :

قلنا : دعوى دليل الوصاية في الباقي دعوى باطله ولادليل عليه أصلاً. أما قولهم " انه مختاره في البعض " .

قلنا : لادليل في اختياره في البعض على اختياره في الباقي .

قالوا : لابد من قيّم في الباقي .

قلنا : نعم ، ويعيّنه القاضي ، ويكون نصب القاضي كنصبه .

قالوا : منصوبه أولى .

قلنا: ولِمَ ؟ وهذا لأن تعميم تصرفه إبطال تخصيصه ولايجوز إبطال تخصيصه من غير ضرورة ، وهذا لأنه وجد لتخصيصه وجه فائدة ، وهو أنه يعلم

(١) انظر : المهذب : ١٠/٦٠٥ ، النكت ورقه ١٨٧/ب .

من هدايته وأمانته في هذا النوع مالايعرف في سائر الأنواع ، فإذا وجدنا لتخصيصه فائدة فلا وجه لإبطاله أصلاً .

ثم يقال لهم أيضاً : إنما يصار إلى الدليل عند عدم الصريح ، وعندكم لو قال: "تصرّف في كذا ولاتتصرّف في كذا " يعم تصرفه ، ولادليل ههنا .

وكذلك قد قلتم : لو أوصى إلى إنسان في الدَّين ، وإلى آخر في العين يكون كل واحد منها وصيّاً في الكل ولادليل ههنا ، لأنه قد اختار في الباقي غيره نصاً والدليل يسقط مع النص على خلافه .

وفصلُ توقيت الولاية لازمٌ ، وجواز التوقيت دليل على جواز التخصيص .

والذي قالوا : خلف وأصل " .

فليس بشئ ، لأنه لو أوصى الى فلان سنة أو إلى رأس الشهر يصح توقيته وإن لم يوجد مَنْ يكون خلفاً عنه أو أصلاً له وإن منعوا " ففيما ذكرناه غُنية .

(مسألة)

الوصية من الإنسان لقاتله صحيحة عندنا .[(١)]

وعندهم : لاتصح .[(٢)]

وصورته : إذا جرح إنساناً ، وأوصى المجروح للجارح ثم هلك بالجراحة .

وللشافعي قول آخر مثل قول أبي حنيفة .[(٣)]

وقال بعض أصحابنا : إذا أوصى لإنسان وقتله الموصي له بطلت الوصية قطعاً قولاً واحداً[(٤)] ، وفي الصورة الأولى : قولان .[(٥)]

ومنهم مَنْ قال في الصورتين : قولان .

وهذا هو الأولى وهو المستمر في النظر .

لنا :

انه عقد تمليك أو تمليك بعقد فيجوز مع جارحه ولايبطل بقتله .

دليله : الهبة .

وقولنا : " عقد تمليك " ، لأن الواجب عقد وهو تمليك ، لأن

---

(١) الحاوي : ١٩١/٨ ، المهذب : ٥٨٩/١ ، النكت ورقه ١٨٤/ب ، الروضة : ١٠٧/٦.

وقال النووي : " أظهرهما عند العراقيين والإمام والروياني الصحة كالهبة..." أهـ .

(٢) مختصر القدوري : ٣٦٩/٢ (مع الجوهرة) ، بدائع الصنائع : ١٨٥٧/١٠ .

(٣) انظر المهذب : ٥٨٩/١ ، النكت ورقه ١٨٤/ب ، الروضة : ١٠٧/٦ .

(٤) منهم الماوردي في الحاوي : ١٩١/٨ ، وذكر ذلك النووي في الروضة : ١٠٧/٦ .

(٥) الروضة : ١٠٧/٦ .

الثابت به الملك .

وأما فقه المسألة : وهو أن عقد التمليك صحته بالرضا وثبوته بالإثبات بعد أن يكون صادراً من أهله في محله ، وقد وجد في مسألتنا ، لأنه أثبت الملك له بالوصية ورضى بثبوته له وإن كان جارحاً له / ١٨٠/ب خائفاً من الهلاك بجرحه وهذا لأنه لو أوصى له بعد جرحه فعلى القطع يحكم بوجود الرضا .

فإن قالوا : إنْ استقام هذا في هذه الصورة فلايستقيم فيما لو أوصى لإنسان ثم قتله المُوصَي له .

قلنا : نقول في هذه الصورة قد وُجِدَ النص في تمليكه وهو صريح في الرضا ، والعمل العارض محتمل يجوز أنه تكره به الوصية ويجوز أن يبقى على رضاه ، لأن نهاية ما في الباب أن يحسن إلى مَنْ يُسيءُ إليه وَيَبُرْ عدوه ، وهذا شئ مندوب إليه شرعاً وهو من أخلاق النبوة التي استحق بها المدح لقوله تعالى (**وَإِنَّكَ لَعَلَى خُلُقٍ عَظِيمٍ**)(١) ، وهو معنى قوله عليه الصلاة والسلام فيما ذكر عن جبريل انه قال عن ربه تعالى : (صل مَنْ قطعك ، واعف عن مَنْ ظلمك ، واعط مَنْ حرمك..)(٢) ولهذا المعنى تصوّر أن يوصي له ابتداءً بعد جرحه إياه ويهب له شيئاً ، وعندنا فعله مشروع جائز في الصورتين .

وعندهم : تجوز الهبة ولاتجوز الوصية .

فإن قالوا : لاتجوز الهبة ، لأن حكمها حكم الوصايا .

---

(١) سورة القلم آية (٤) .

(٢) رواه الامام أحمد في مسنده : ١٤٨/٤ ، ١٥٨ . وليس فيه انه حديث قدسي

قلنا : قد صح في الحال متى ملك الموهوبُ له الموهوبَ ثم ينفسخ بعد الموت .

وأما حجتهم :

قالوا : ملك الموصى به ملك على سبيل الإرث فيمنعه القتل .

دليله : نفس الإرث .

وإنما قلنا : " ملك على سبيل الإرث " لما بيّنا ان الوصية إثبات خلافة في ملك الثلث ثم إذا صار خليفة له يعقد سببه له فملك حكماً بعد موته كالقريب ، وكما تقول في عقد النكاح فإنّه سبب لثبوت الخلافة للزوج أو الزوجه ملكاً في النصف أو الربع للزوج ، وللمرأة في الربع أو الثمن ، وإذا كان الملك على سبيل الإرث فيكون حكمه حكم الإرث .

وقالوا : على هذه الطريقة على قولنا : " انه عقد تمليك " ان المُوصَى له لايملك بعقد تمليكه ، وإنما يملك حكماً بالسبب الذي قدمناه .

وقد سلكوا طريقة أخرى وقالوا : الملك في المُوصَى به يتعلق بالموت بعينه ، والقتل موت في حق المقتول ، وليس بموتٍ في حق القاتل ، لأن الموت انتهاء مدة الحياة وهذا صحيح في حق المقتول ، أما في حق القاتل فلا ، لأن في حق القاتل قد جُعِلَ كأنه قطع عليه حياته ، ألا ترى أنه يجب عليه القود في العمد ، والدية في الخطأ .

ولايتصور وجوب هذا عليه بإنتهاء مدة حياته ، وإذا لم يكن موتاً في حقه ، والوصية ملك متعلق بالموت بعينه ، لأنه لايتصور لغيره مثل الميراث فلم يثبت له الملك المُوصَي له مثل مالايثبت للوارث .

والمعنى في الموضعين واحد وهو ما قلنا .

قال : وليس كالمدبر إذا قتل سيده ، لأن العتق غير متعلق بالموت بعينه

في المدبر ، ألا ترى أنه يتعلق به وبغيره بخلاف مسألتنا .

الجواب :

أما الأول فقد سبق الكلام عليه في المسألة الأولى ، وذكرنا أن الوصية عقد تمليك بعد الموت ، وهو مثل الهبة في حال الحياة وتكلمنا على طريق الخلافة وخرج الإرث ، لأنه ليس بعقد تمليك يكون ركنه الرضا ، وإنما هو ملك حكمي فيتبع فيه مورد الشرع ، وأما هذا لما كان عقد تمليك اعتمد أهلية التمليك من الملك ومحلية الملك في المال .

والدليل على الفرق بين الإرث والوصية : انالوصية للذمي جائزة والإرث لايثبت مع اختلاف الدين بحالٍ .

ويدل عليه : أنه لاجواز لإرث القاتل ، وفي الوصية قد قال المخالفون : انه لو أوصى لقاتله وأجاز الورثة جاز ، فإنْ طلبوا المعنى في منع القاتل الإرث امتنعنا بجهدنا وألتمسنا منهم تحقيق الشبه بين الإرث والوصية ، وأنْ وقعت الضرورة فالوجه ما ذكرنا من اعتبار شرط الموالاة وانقطاعها بالقتل كما ينقطع باختلاف الدين ، وهذا لأن أهل دار الحرب مستعدون للمحاربة مع المسلمين بحكم الدين فانقطعت الموالاة بين الحربيين والذميين ، والقاتل محارب حسّاً وحقيقةً فلأن تنقطع به الموالاة أولى .

وأما في أهل الذمة وجد سبب انقطاع الموالاة بصورة اختلاف الدين ، وأما الوصية فلا يشترط في ثبوتها وجود الموالاة بدليل جوازها مع اختلاف الدين .

فإن قالوا : ههنا معنى أحسن من هذا وهو أنه بقتله استعجل ما أخره الله عنه فيعاقب بضده وهو الحرمان ، وهذا المعنى في الوصية موجود .

قلنا : هذا لايطرد ، لأن النائم والمخطئ يحرمان الإرث ولم يوجد منهما استعجال .

وفي مسألة المدبر إذا قَتَلَ سيدَه قد وجد الإستعجال الذي قالوه ومع ذلك ...[1] بالإجماع ، وعلى أنه قد تمكن ابراز معنىً آخر على الطريقة التي قالوها في / الخلافة ، ويكون ذلك المعنى مخيلاً في منع ١٨١/أ الإرث دون الوصية ، وذلك المعني هو : أن الوارث خليفة المورث شرعاً قائماً مقامه كأنه هو ، ولهذا كان يملك التركة ملك بناء لاملك ابتداء بدليل انه لاينقطع حول المورث بملكه ، وبدليل انه يرد بالعيب على بائع مورثه ، وإذا كان ملك بناء فتصير مالكية الميت كأنها مطردة مستمرة ويصير كان الميت حي من هذا الوجه .

وإذا ثبت هذا الأصل فنقول : القتل قاطع ملك المقتول مزيل إياه ، وقد جعل الوارث كأنه هو المورث ، وإذا قَتَله فكأنه قتل نفسه ، وقتل نفسه يزيل ملكه فقتله مورثه مزيل أيضاً بناء ملكه على ملكه وقيام مقامه أو يصير بقتله كأنه قتل نفسه ، والهالك لايرث فَمَنْ جُعِلَ من هذا كالهالك لم يرث أيضاً ، وهذا لايرد في الوصية ، لأن ملك الموصى له ملك ابتداءً وليس بملكِ بناء ، بدليل عكس ما ذكرنا .

وهذا كلام لابأس به ، والمعتمد ما سبق .

وأما الطريقة الثانية :

فليست بشئ ، لأن القتل موت قطعاً وان لم يكن الموت قتلاً وللإنسان أجل واحد يدرك يومه ويموت بأجله ويهلك بقدره .

---

(١) كلمة مطموسة في المخطوط .

وأما وجوب القصاص والقود فليس لأنه القتل ليس بموتٍ ، بل لأن الموت ليس بقتلٍ ، وعلى أنه ان كان يجب على القاتل فيجب للمقتول ، وكما لايتصور أن يموت ويجب القصاص على غيره فلا يتصور أن يموت ويجب له شئ ، بل إنما وجب بارتكابه محظور الشرع وجنايته على المحل بفعل غير جائز له ذلك .

وعلى أن النقض بالمدبر متوجه .

وقولهم : " **إن العتق غير متعلق بالموت بعينه** " .

ليس كذلك ، بل في هذا الموضع متعلق بالموت بعينه ألا ترى انه قال : إنْ متُ فأنت حُرّ بعد موتي " .

وقولهم : " **انه يتعلق بغير الموت** " .

قلنا : بلى ، ولكن لايكون عندهم كالمتعلق بالموت على ماذكروه في بيع المدبر .

والله تعالى أعلم بالصواب وهو المهدي إلى الرشاد .

□□□□

مسألة :

المُودع إذا خالف الوديعة ثم ترك الخلاف لم يبرأ من الضمان عندنا .[1]

وعندهم : يبرأ .[2]

والمسألة تحقيقها يرجع إلى أن عقد الوديعة ، هل ارتفع بالخلاف أم لا ؟ .

عندنا : قد ارتفع .

وعندهم : لم يرتفع .

لنا :

أن يد الوديعة قد زالت فارتفع عقد الوديعة كما لو ردّ الوديعة إلى مالكها أو استرد المالك ، وهذا لأن قيام عقد الوديعة بيد الوديعة فإذا زالت يد الوديعة زال عقد الوديعة .

وإنما قلنا : " ان يد الوديعة قد زالت " وذلك لأن الشئ قد دخل في ضمان المودع وهذا الضمان ضمان عدوانٍ ، والعدوان عدوان يدٍ ، ولايتصور بقاء يد الوديعة مع وجود العدوان ، ثم الدليل على أن يد الوديعة صارت يد عدوانٍ : أن الوديعة لو هلكت في حالة الركوب لا من

---

(١) المهذب : ٤٧٦/١ ، النكت ورقه ١٧٢/ب ، الروضة : ٣٣٤/٦ .

(٢) الأسرار : ١٧٦/١/أ (مراد ملا) ، المبسوط : ١١٤/١١ ، رؤوس المسائل ص ٣٥٧ ، إيثار الإنصاف ص ٢٦٢ .

قال سبط ابن الجوزي في الإيثار " وصورة المسألة إذا كانت الوديعة ثوباً فلبسه أودابة فركبها "

وتفسير العود إلى الوفاق : ترك اللبس والركوب ، ومعاودة الحفظ للمالك " .

الركوب أو في حال اللبس لامـــن اللبس يجب عليه الضمان ، ولاسبب لهذا الضمان سوى يد العدوان فإنْ منعوا هـــذه المسألة .

وقالوا : لايجب فيقال لهم : يقول صاحبكم : إنه برئ عن الضمان بترك الخلاف " . ومن أيّ ضمان يبرأ ؟ .

إنْ قلتم من ضمانٍ يجب بالإتلاف من لبسٍ أو ركوبٍ فلا يبرأ من هذا بالإجماع ، وإنْ قلتم من ضمانٍ يجب بتلفٍ يحصل لابفعله فقد ثبت أن الشئ قد دخل في ضمانه وان يد الوديعة زالت الى يد التعدي وصار بمنزلة غاصبٍ .

ولأنهم قالوا : لو اختلف المودع مع المالك فقال المودَع : ما خالفتُ في الوديعة وادّعى المالك الخلاف فالقول قول المودَع ، لأنه انكر الضمان .

ولو أقر المودَع بالخلاف ثم قال : قد تركتُ الخلاف فالقول قول المالك انه لم يترك، لأنه يدّعى البراءة عن الضمان بعدما أقر به فلا يُصدق ، ولو لم يكن الخلاف سبباً للضمان بنفسه لما صار مقراً بالضمان باقراره بالخلاف ، ولكان بدعواه ترك الخلاف منكراً أصل الضمان فيكون القول قوله .

وقال أيضاً في المودَع إذا باع الوديعة فهلك عند المشترى ثم جاء المالك وضمن المودَع فإن البيع ينفذ ولو لم يصر ضامناً بالخلاف / ١٨١/ب باقدامه على البيع لما مَلَكه لأن الملك يستند إلى وقت وجوب الضمان ثم ينفد البيع فعلمنا بجواز البيع على أصولهم انه بالخلاف قد دخل الشئ في ضمانه فصار بمنزلة غاصبٍ ، ولأن يد الوديعة يد بلا خلافٍ فاليد مع الخلاف لاتكون يد الوديعة وإذا ذهبت يد الوديعة لابد من أن تكون اليد التي تخلفها يد عدوانٍ ويد العدوان على الشئ يوجب دخول الشئ في

ضمانه .

فثبت أن يد الويعة قد زالت ، ثم الدليل على أن الوديعة إذا زالت زال عقد الوديعة أن قيام عقد الوديعة بعد تسليم الوديعة يد الوديعة بدليل أنه لو ردّها إلى مالكها ارتفع عقد الوديعة ، وليس له أن يستردها بناء على العقد الأول ، ولأنه لو بقى لبقي لإعادة اليد ، ولايجوز أن يبقى لإعادته اليد في الوديعة ، لأن إثبات اليد انما يملكه المودَع في الإبتداء بحكم أمر المالك وقد امتثل الأمر وأثبتها ، والإثبات ثانياً يحتاج إلى أمر جديد ، وهذا لأن الأمر بالشئ لايقتضيه إلاّ مرة واحدة فقد حصل إمتثال المأمور به ففعله ثانياً لايملك إلاّ بأمر جديدٍ من الأول .

والحرف : انه ليس من العقد الأول دليل على الأخذ الثاني فامتنع ، وإذا امتنع فقد حصل فوات يد الوديعة التي كانت قائمة ، وحصل اليأس من مثلها يقتضيه ذلك العقد ، اللهم إلاّ أن يوجد أمر جديد فتحقق فوات المعقود عليه في العقد الأول فبطل العقد قطعاً مثل المعقود عليه يفوت في سائر العقود بفوات العقد ، كذلك ههنا .

وإذا تحقق ارتفاع العقد فبتركِ الخلاف لايعود العقد فلا يعود حكمه .

ونقول أيضاً في تقرير ما بيّنا : ان الضمان واجب بالخلاف ، والخلاف الذي وجب به الضمان لم يرتفع ، وإذا لم يرتفع سبب الضمان لم يبر عن الضمان .

وإنما قلنا ذلك ، لأنه بترك اللبس والركوب تارك للخلاف في المستقبل من الزمان ، فأما الذي مضى من الخلاف فلا يتصور تركه ، بل قد استقر استقراراً لايقبل الزوال ولابراء عن حكمه إلاّ بالقيام بحقه من الإداء أو إبراء صاحب الحق إياه .

وأما إذا ردّ إلى المالك فذلك قيام بحق الضمان ، وكذلك في المغصوب إذا ردّه الغاصب إلى مالكه .

وأما في مسألتنا فقد وجب الضمان ولاقيام بحقه ، لأن ترك الخلاف في المسألتين لايكون قياماً بحق ضمانٍ وجب بخلافٍ في الماضي .

وهذا كلام معتمد ، وسنبين وجه كلامهم عليه ، ونعتمد في التعلق بالأحكام على فصل الجحود .

وحرف التعلق به : ان ارتفاع العقد به لزوال يد الوديعة بالجحد فلم يَعُدْ بالإعتراف ، وكذلك إذا استعار دابة إلى مكان معلومٍ فجاوز بها ذلك المكان دخلت في ضمانه ولايسقط بالعود إلى ذلك المكان .

وحرف الإشكال عليهم في هذا : ان عقد العارية وان انتهى استعمالاً ببلوغه ذلك المكان ، ولكن يد الأمانة باقية قائمة إلى أن يرد ، ولهذا لو هلكت لاضمان عليه ، ومع ذلك باعادة الدابة إلى ذلك المكان المسمى لم يبرأ عن الضمان ، وإن كان قد اعادها إلى يد أمانة له في الدابة مثل مسألتنا سواء فهو هو المعتمد من الأحكام .

وأما حجتهم :

قالوا : بعد ترك الخلاف مودع موافق فلم يجب الضمان عليه بهلاك الوديعة في يده .

دليله : ما قبل الخلاف ، أما الموافقة معلومة ، وأما البيان لقولنا " مودع " لأن عقد الوديعة لم يرتفع بالخلاف .

والدليل عليه الحكم والحقيقة :

أما الحكم : فلأنه عقد من العقود فلا يرتفع بالخلاف من حيث الفعل ، دليله : الإيمان فإنه لايرتفع فعلاً وذلك بترك الصلاة أو الصوم أو غير ذلك .

قالوا : ولايجوز أن يقال إن فوات الصلاة لايتحقق ، لأنه يقضي بعد الوقت ، فإن الفوات قد تحقق ، وإنما القضاء فرض ثانٍ بأمرٍ جديدٍ .

قالوا : ولايجوز أن يفرق فيقال : إن عقد الإسلام عقد لازم بخلاف الوديعة ، لأنه وإن كان لازماً لكنه يحتمل الإرتفاع عقداً في حقه مع قيام لزوم الأمر .

ألا ترى أنه لو جحد الصلاة ارتفع الإسلام عقداً في حقه مع وجود اللزوم .

قالوا : ويدل على ما قلنا الإستحفاظ إذا كان بأجرة ، فإنه لايرتفع بالخلاف من جهة الفعل حتى لو استأجر أحداً ليحفظ متاعه شهراً فخالف في بعض الشهر ووافق في الباقي يكون العقد قائماً ، وتجب له الأجرة . [1] وإن فرقتم باللزوم ، فالإعتراض عليه ما سبق .

قالوا : ويدل عليه أيضاً : الأمر بالبيع ، فإنه لايرتفع بالخلاف من حيث الفعل حتى لو أمره أن يبيع بألفٍ فباع بخمسمائة بقى الأمر ، ولو باع بعده بألفٍ يجوز .

وأما الحقيقة : فلأن الوديعة أمر / بالحفظ ، والخلاف لايلاقي **١٨٢/أ** الأمر حتى يرفعه ، وإنما يلاقي المأمور ، وإذا لم يلاق الأمر بقى على ما كان ، وإذا بقى الأمر بقى العقد ، لأن حقيقته ليس إلاّ الأمر .

يدل عليه : ان العقد إنما يرتفع بما وُضِعَ لرفعه أو المنافى له .

ونحن نعلم أن الخلاف لم يوضع لرفع الأمر، بل الذي يرفع الأمر هو ردّه ، وليس في الخلاف صريح ردّ ولا دليل ردٍّ .

أما الصريح معلوم .

---

(١) انظر : الأسرار : ١/١٧٧/أ (مراد ملا) .

وأما الدليل فلأنه لو صار دليلاً لكان دليلاً من حيث العادة ولايعتاد أن يأمر غيره بالحفظ فيقول : " احفظ فإذا خالفت عزلتُك " إنما المعتاد أن يقول : " احفظ فإذا خالفت فاترك الخلاف وعُدّ الى الحفظ ، فإذا لم يفهم في المعتاد إلاّ في هذا لم يكن الخلاف دليلاً على ردّ الأمر بحالٍ ، نعم إذا خالف فأراد أن يعزله يجيء ويسترد ، وعندنا إذا جاء واسترد ارتفع العقد .

فثبت بما قلناه انه دليل ولاصريح في الرد .

قالوا : وأما المنافاة فلم توجد في مسألتنا ، لأن الخلاف لاينافي وجود الأمر ، ألا ترى أن في الإبتداء لو أودع من غاصبٍ يجوز حتى لو نزع من الخلاف وحفظ يكون الإيداع صحيحاً مثل ما لو سلّم من يده إلى يده .

والمعتمد لهم من حيث الحقيقة : ان عقد الوديعة عقد استحفاظٍ على العموم من غير تخصيصٍ بزمانٍ دون زمان ، ألا ترى أنه لو حفظه سنين يكون حافظاً على العقد الأول ، والحفظ على مقتضى العقد وإن فات في الحال بالخلاف فلا يوجب برفع أصل العقد ، لأن ارتفاع العقد إنما يكون بفوات المعقود عليه ، والحفظ على مايتناولها العقد وإن فات في اليوم فلم يفتْ في الغد ، لأنه يجوز أن يحفظ في الغد على موافقة الأمر ، ألا ترى في الإستحفاظ بالأجر إذا خالف في بعض الشهر ، وحكم بفوات المعقود عليه في هذا البعض لم يحكم بفوات المعقود عليه في الباقي حتى إذا حفظ في الباقي على قضية العقد استحق الأجر ، والفوات شئ حسّي لايختلف بالعقد الجائز واللازم بل يكون في الكل على وجهٍ واحد .

قالوا : والكلام في نفسه محقق قطعي لايحتاج إلى مثال وإذا

لم يتحقق الفوات لجميع ماتناوله العقد بقى العقد للحفظ المتوقع في العقد .

والحرف : ان العقد إذا امكن بنفسه لايحكم بزواله وارتفاعه إلاّ أن يعترض أمر شرعي وُضِعَ لرفعه شرعاً فيرفعه وقد أمكن الحكم ببقاء العقد في مسألتنا بحفظٍ يوجد منه في الغد فصار كما لو أمكن لحفظٍ يوجد منه في اليوم وهذا لأن اليوم والغد في العقد واحد ، والحفظ في الزمانين حفظ واحد فبقاءه لأمرٍ في العقد كبقائه لأمرٍ في اليوم .

والدليل على أن الحكم ببقائه جائز لحفظٍ في المستقبل انه يجوز أن ينعقد في الإبتداء لحفظٍ في المستقبل وهو أن يودع منه شيئاً وهو في يد المالك ، فإنه يكون العقد منعقداً حتى لو أخذه المودع وحفظه على ذلك العقد يكون جائزاً .

قالوا : وليس كما لو ردّ الوديعة إلى يد المودع ، لأن العقد إنما يرتفع لعجزه عن إعادة حفظه ، وذلك لأن يده زالت إلى المالك ولايمكنه إعادة يده إلاّ بإزالة يد المالك وليس له ازالة يد المالك فيكون عاجزاً عن إزالة يده وإذا عجز عن الإزالة عجز عن الإعادة فبطل لهذا ، وفي مسألتنا لاعجز عن ترك الخلاف وعود يد الوديعة بمجرد ترك الخلاف ، وهو قادر عليه فبقى العقد لأجله .

هذا حرفهم في المسألة ومقولهم ، وهو كلام بالغ في غاية الحسن .

قالوا : وأما الذي قال أصحابكم : انه مغير يده للحفظ وبالخلاف مسترد يده " .

فليس بشئ ، لأن مثل هذا لايتصوّر تحقيقه في الأيدي ، ولأنه وإن استرد يده فإنما يصير مسترداً في اليوم الذي وجد فيه الخلاف ، فأما في غير

يوم الخلاف فلا ، لأن الإسترداد بالخلاف فيقتصر على زمان الخلاف .

قالوا : وقولكم : " انه مغير يده بعد زوالها

قال : هذا صحيح مملوك له إذا أبقى العقد كما في الإبتداء يثبت لوجود العقد .

قالوا : وأما الذي قال مشايخكم : إن عقد الوديعة معقود على الأمانة ، والخيانة ضد الأمانة .

قال : بلى ، هو ضد الأمانة في زمان الخيانة ، وأما في غير زمانها فلا، ولأنه لاضديّة بين الخيانة والعقد فبقى العقد وان ذهبت الأمانة في الحال .

قالوا : " وقولكم " انه دخل في ضمانه " .

نسلمه لوجود العدوان إلاّ أن أصل العقد قائم لما بينّا وليس بين بقاء العقد ووجوب ضمان العين عليه بالخلاف تضادّ وتنافٍ ، والأحكام مبنية على دلائلها ، فإذا قام الدليل على إبقاء العقد وقام الدليل على دخوله في ضمانه حكمنا ببقائه وحكمنا بوجوب ضمانه ، ثم إذا حفظ على ما يقتضيه العقد أزلنا الضمان / لإرتفاع سببه وحكمنا للعود **١٨٢/ب** حكم الأمانة .

قالوا : وقولكم " إن سبب الضمان لم يرتفع " .

قال : بلى ، ولكن قد قام بحق الضمان وهو إعادة الوديعة إلى يد مَنْ تُقوم يده مقام يده ، وهذا لأنالعقد لما بقى في الغد ويدُ المودع يدُ المودِع ، فإذا ترك الخلاف في الغد فكأنه أوصل العين إلى نائب المالك في الحفظ .

قالوا : وأما فصل الجحود .

فعندنا : لايرتفع عقد الوديعة بالجحود إلاّ أن يكون الجحود بعد طلب

المودع ، وبالطلب قد عزله عن الحفظ .
وعلى أنا إنْ سلّمنا أن الجحود من غير طلب يرفع الأمر فلأنه يلاقي الأمر بالرد، لأنه بجحوده منكر الحفظ من قبله أو ينكر أمره إياه بالحفظ ، فإن أمره إياه بالحفظ مع مايدعيه انه له باطل .
وأما مسألتنا فإن الخلاف من حيث الفعل . وقد بيّنا انه لايلاقى الأمر إنما يلاقي المأمور .

قالوا : ولهذا ارتفع الإسلام بجحود الصلاة ولم يرتفع بتركها .

قالوا : وأما مسألة العارية فالمسلم منها :
إذا استعارها ذاهباً لاخائناً ، وإذا كان كذلك فقد انتهى العقد نهاية حيث وَصَلَ إلى ذلك المكان فبعد ذلك لم يرد الدابة إلى عقد قائم .
والحرف : ان هناك لازمان للعقد في المستقبل ، وفي مسألتنا قد وجد زمان العقد في المستقبل ، وقد حفظ في ذلك الزمان على قضية الأمر وظهر حكمه من الأمانة وارتفاع الضمان .

قالوا : وقولكم " ان يد الأمانة تبقى بعد انتهاء العقد " .
ليس كذلك ، لأن العقد غير معقود على اليد أصلاً ولا أقول إنه بقى للمستعير يد أمانة ، وإنما لم يجب الضمان لإنتفاء الأسباب الموجبة للضمان فإذا تعدى فقد وجد سبب الضمان فوجب عليه ولا يبرأ عنه إلاّ بما يُبري عن سائر الضمانات الواجبة في العدوانات والغصوب .

الجواب :

أما قولهم : " مودع " .
ممنوع ، لأن الوديعة مرتفعة .
وأما قولهم : " **إن الخلاف من حيث الفعل لايرفع العقد** " .

قلنا : قد بيّنا ان بصورة الخلاف لم يرتفع ، إنما ارتفع بفوات يد الوديعة على وجهٍ لايمكن إعادته .

وقد قال أصحابنا :

ان المعقود عليه حفظ دائم بأخذٍ واحدٍ فإذا فات يد الوديعة وسلّم الخصوم ذلك فلو عادت اليد عادة بأخذٍ جديدٍ ، ومعنىً الأخذ الجديد " اثبات يده ابتداءً بعد زوالها .

وقد أُلزم بعضهم إذا سقطت الوديعة من يد المودع يجوز له أخذها ثانياً ، وهذا أخذ بعد أخذ .

وكذلك إذا غصب الوديعة غاصب فاستردها منه يجوز ، وهو أخذ بعد أخذ " .

وليس هذا بشئ ، لأن اليد الأولى مستمرة بدليل استمرار حكمها من عدم الضمان .

فأما ههنا فقد تبدل الحكم بدليل وجوب الضمان فيتحقق إثبات يد بعد إثبات يد ، والوديعة لايطلق إلاّ إثبات اليد مرة واحدة بدليل ما لو أعاد الوديعة إلى يد المالك .

وأما قولهم : " انه عاجز عن الأخذ " .

قلنا : ولِمَ ؟ بل ينبغي أن يجوز له الأخذ ثانياً على العقد الأول .

وقولهم : " **إن يد المالك ثبتت فلا يملك إزالها** " .

قلنا : وجب أن يملك ويحكم ببقاء الوديعة فيملك على ذلك .

والمعتمد ما سبق من قولنا : " ان الأمر لايقتضي الفعل مرة بعد مرة وقد تقرر شرحه بما فيه غُنية .

وقد قال بعض مشايخهم :

ان الحفظ قائم ، لأنه مع الخلاف مباشر للحفظ فلم يفت المعقود عليه .
وهذا في نهاية الفساد ، لأن المعقود عليه هو الحفظ على جهة مخصوصة ، وهو الحفظ على وجهٍ يأمن المالك معه على ماله وهذا حفظ مخوف .
ويمكن أن يقال : ان المعقود عليه هو الحفظ مع ترك الإستعمال والحفظ مع الإستعمال لايكون معقوداً عليه بحالٍ .
وأما تعلقهم بفصل الإيمان .
فتعلق ضعيف ، لأن المعقود عليه في الإيمان هو القبول بدليل إتمامه من غير اتصال الفعل به ، والخلاف من حيث الترك غير قادح في القبول .
وأما ههنا المعقود عليه هو الحفظ بدليل أنه لايحكم بتمام الوديعة ما لم يتصل بها الحفظ وقد فات الحفظ على ما سبق بيانه .
وأيضاً فإن الترك في الصلاة لايتحقق بمجرد التأخير ، لأن التلافي ممكن بالقضاء ، وإذا قضى الصلاة في الغد يكون فعل الصلاة في اليوم ، ولهذا المعنى لابد له من نية القضاء .
وأما في مسألتنا فد تحقق ترك الحفظ في اليوم ، لأنه وان حفظ في الغد فلايكون ذلك هو الحفظ الثابت في اليوم فلم يتصور التلافي فيتحقق فوات المعقود عليه في اليوم ، وفيه فوات الوديعة على ما سبق ، وفي فوات يد الوديعة فوات يد الوديعة على ما ذكرنا .
وأما مسألة الحفظ بالأجر ، فهو عقد لازم ، وذلك يتناول أخذ بعد أخذ ، بدليل انه لو أعاد الشئ الى يد المالك له أن يأخذ الشئ ثانياً ليحفظه بخلاف مسألتنا على ما سبق .
وأما مسألة التوكيل بالبيع .
فالجواب ظاهر ، لأن الخلاف لايفوت المعقود/ عليه لأن العقد **١٨٣/أ**

يتناول بيعاً واحد بالثمن المذكور في زمان من الأزمنة ، ولوجود البيع على خلاف المأمور لايفوت البيع المأمور ، لأنه في أيّ وقتٍ يفعل البيع فهو موجود في وقته بصفته ، فلا يفوت أصلاً .

وأما مسألة الجحود فلازم ويعين في صورة وهي : انه لو قال : ما حال دايعتي ، ؟ فقال : ليس لك عندي وديعة " .

والمنع في هذه الصورة محال ، لأن الوديعة عقد جائز يرتفع بفعل أحد المتعاقدين فيكون من شرط بقائه اتفاقهما عليه ، ألا ترى أن البيع لما كان يرتفع بفعل المتعاقدين جميعاً فلو جحدا جميعاً قضوا بأنه يرتفع العقد فصار جحدهما جميعاً في البيع كجحد أحدهما في مسألتنا كما يكون اتفاقهما على الفسخ في البيع بمنزلة فسخ أحدهما .

والمعنى ظاهر .

وأما مسألة العارية .

ففي نهاية الإلزام ، لأن العقد وان انتفى ببلوغه ذلك المكان فيد الأمانة باقية على العارية على أصلهم .

وقولهم : " **ان اليد ليست يد أمانة** " .

قلنا : فالأيدي محصورة في الشرع فإذا لم تكن اليد يد عارية فينبغي أن تكون اليد يد ضمان أو يد ملك ، أو يد وثيقة ولايتصور يد بلا صفةٍ .

وقولهم : " **إنه لم يعقد على الحفظ** " .

قلنا : بهذا لايندفع الإلزام ، فإنهم قالوا : لو هبت الريح إلى ثوبٍ فألقته في حجر إنسان ثم تعدّى في الثوب باللبس ثم ترك اللبس يعود أمانة وان لم يوجد عقد ، فبطل ما قالوه ، والله تعالى أعلم .

(مسألة)

إذا أودع عند صبي محجورٍ عليه أو عبدٍ محجور اليد بالغ فأيّهما استهلك الوديعة فعليها ضمانها [1] ، وهذا قول أبي يوسف . [2]

وعند أبي حنيفة ومحمد [3] : لاضمان على الصبي أصلاً ، وعلى العبد ضمانها بعد العتق ، ولايؤخذ به قبل العتق . [4]

لنا :

ان الواجب ضمان استهلاك فيؤاخذ به الصبي والعبد في الحال .

دليله : ما قبل الإيداع .

ودليل انه ضمان استهلاك أنه واجب به بدليل انه لو وجد قبل الإيداع وجب الضمان بخلاف ضمان التضييع ، **وصورته** :

لو رأي إنساناً يسرق الوديعة فترك حتى سرق الوديعة حيث لايجب الضمان على الصبي ، لأنه ضمان عقد الوديعة بحكم التزام الحفظ ، بدليل انه لايجب به ضمان قبل الايداع حتى لو رأى مال الغير يستهلكه الغير فسكت حتى فعله لم يجب عليه شئ ، وإذا كان ضمان عقد لم يجب على الصبي ، لأنه لاعقد معه .

وحرف المسألة : إن الصبيان يؤاخذون بضمان الأفعال ، والواجب ضمان

---

(١) المهذب : ٤٧٢/١ ، النكت ورقه ١٧٢/ب ، الروضة : ٣٦٩/٦ .

(٢) الأسرار : ١٧٨/١/ب (مراد ملا) .

(٣) المبسوط : ١١٨/١١ ، البدائع : ٣٨٨١/٨، إيثار الانصاف : ص ٢٦٥.

(٤) الأسرار : ١٧٨/١/ب (مراد ملا) ، المبسوط : ١١٨/١١ ، البدائع : ٣٨٨١/٨ ، رؤوس السمائل ص : ٣٥٨ ، إيثار الإنصاف ص ٢٦٥ .

الفعل فيؤاخذ به .

يدل عليه : أن عقد الوديعة لايطلق الإستهلاك فصارت في الواجب به كالمعدوم ، ولو قدرنا عدمها وجب الضمان بلا خلاف ، كذلك في مسألتنا . ويمكن أن يقال أيضاً : ان عقد الوديعة لايخلو : إما أن يكون صحيحاً أو فاسداً ، فإن كان صحيحاً فيلتحق الصبي بالبالغ وإن كان فاسداً فيلتحق ما بعد الإيداع بما قبل الإيداع .

وأما حجتهم :

قالوا : هو بإيداع الشئ عند الصبي صار مسلطاً إياه على الإستهلاك فلا يجب له به الضمان .

دليله : إذا سلّط صريحاً ، وكما لو قدم الطعام بين يدي إنسان حتى أكله فإنه لاضمان عليه ، كذلك ههنا .

أما دليل الوصف : فمشايخهم رجعوا في الدليل عليه إلى عادة الصبيان بإفساد مايقع في أيديهم من إفساد المطعوم وإراقة المشروب وتخريق الملبوس وقتل العصافير وما يشبه ذلك ، فصار الرجل بوضع الشئ في يديه مع علمه بعادته مسلطاً إياه على الإتلاف كمنْ قدّم الشحم بين يدي هرة أو الشعير بين يدي دابة .

قالوا : وهذا يوجد في غير القتل ، فأما في القتل وإراقة الدماء فالصبيان يفزعون من ذلك ويهربون منه فلا يوجد فيه العادة التي ذكرناها .

وأما أبو زيد [1] فإنه قال من وجه آخر في الدليل على وجود التسليط

---

(١) انظر : الاسرار : ١/١٧٩/أ (مراد ملا) .

قال : لما أودعه المآل فقد أثبت له اليد على المال فيكون اليد الثابتة للمودع على المال مضافة إلى إثبات المالك كالملك الذي يثبت له بالبيع والهبة يكون مضافاً إلى إثباته ، وقد كان المالك بقيام يده على المال متمكن من إتلافه ، فإذا أودع من الغير فقد أثبت له اليد التي كان يتمكن بها من إتلافه فصار ممكناً من إتلافه .

وإنما عنينا " بالتسليط " تمكينه إياه من الإتلاف وَمَنْ مكّن غيره من إتلافه ماله يصير راضياً باتلافه ، وَمَنْ رضى باتلاف ماله سقط حقه من الضمان ، لأن الضمان يجب لجبر حقه فإذا رضى بالإتلاف لم يستحق جبر حقه ، وصار كما لو قدّم طعاماً بين يدي إنسانٍ حتى أكله .

يبينه : انه لامعنى لسقوط / الضمان في هذه الصورة سوى **١٨٣/ب** تمكينه إياه من إتلافه ، وهذا المعنى قد وُجِدَ في مسألتنا فسقط به الضمان .

واستدلوا في ان التمكين رضىً : بالحُرّة العاقلة البالغة إذا مكّنت رجلاً من نفسها حتى وطئها تجعل راضية بدليل سقوط المهر عندكم قالوا : وليس يلزم البالغ على ما قلنا ، لأنا نقول في البالغ أيضاً : انه بتسليمه إليه ممكن إياه من الإتلاف لكن يوجب الحفظ عليه شرعاً مع تمكينه من إتلافه بقبول عقد الوديعة والتزامه حفظه وهو بالغ عاقل مطلق التصرف فإذا التزم حفظ الوديعة صح إلتزامه وصار محجوراً عن الإتلاف شرعاً بوجوب الحفظ عليه ، لأنه لايتصور لزوم الحفظ مع إطلاق الإتلاف .

وأما الصبي فلم يلزمه الحفظ شرعاً لكونه محجوراً عليه فبقى إثبات اليد عاملاً عمله في إثبات ملك الإتلاف .

قالوا : ولايجوز أن يقال إن الإيداع لو كان تسليطاً على الإتلاف لكان من حيث الدلالة ، وقد صرّح بالأمر بالحفظ ولا حكم للدلالة مع

الصريح ، وذلك لأن التمكين من الإتلاف حكم ثبوت اليد الحقيقية ، كما أن ملك التصرفات الشرعية حكم ثبوت الملك الشرعي ، وكما أن المثبت لملك الرقبة يصير مثبتاً لملك المنفعة وملك المتعة وملك سائر التصرفات بواسطة إثبات ملك الرقبة حكماً له ، وكذلك المثبت لليد الحقيقة يصير مثبتاً لملك الإتلاف بواسطة إثبات اليد الحقيقية حكماً لها ، وإذا كان كذلك فالمباشر للعلة يكون مثبتاً حكم العلة قصداً لابطريق الدلالة والضرورة فسقط بهذا الوجه قولكم : " انه ثبت بدلالة " .

قالوا : وليس يلزم إذا كانت الوديعة عبداً فقتله ، لأن هناك قد جعلناه أيضاً ممكّناً إياه من القتل وجعلناه راضياً إلاّ ان الرضا في ضمان الدم لايعمل ، كما لو رضى أن يقتله إنسان تجب الدية للورثة بخلاف الرضا في ضمان المال فإنه عامل في اسقاطه وليس كما قال لغيره " اقتلْ عبدي " فإن في هذه الصورة ما سقط الضمان بالرضا ولكن إنما لم يجب ، لأنه لافائدة في وجوبه ، لأنه استعمله في قتل عبده فلو ضمن لرجع عليه فلا تكون فيه فائدة .

وفي مسألتنا وجد التمكين من الإتلاف ، فأما الإستعمال فلم يوجد ، والرجوع بالضمان إنما يثبت بحكم الإستعمال لا بنفس التمكين ، كما لو قدّم الطعام بين يدي إنسان فأكله ثم ظَهَرَ مستحق واستحقه وضمنه فإنه لايرجع بالضمان على المقدّم لوجود مجرد التمكين من غير استعمال .

الجواب :

إن دعوى التسليط على الإتلاف ، دعوى باطلة ، بل هو مودع إياه غير أن الإيداع من الصبي باطل مثل سائر العقود المعقودة معه .

وأما دليل مشايخهم بالرجوع إلى العادات ، ففي نهاية الضعف ، لأن

الخلاف في الصبي الذي يعقل الإيداع ويعقل معناه ، ومَنْ عَقَلَ الإيداع وعقل معناه لايكون الإيداع منه تسليطاً إياه على الإهلاك .

وقد قالوا : أودع من مثل هذا الصبي وبلغ يكون الإيداع السابق منه صحيحاً حتى لو أتلفه وجب عليه الضمان ولو كان الإيداع تسليطاً منه إياه على الإتلاف على ما زعموا لم ينقلبْ إيداعاً صحيحاً بالبلوغ . وأيضاً لو أودع الشئ عند الصبي فأتلفه ثم جاء مستحق واستحقه وضمنه لم يرجع بالضمان على المودع ولو كان الإيداع منه تسليطاً على مازعموا لرجع عليه بالضمان كما لو سلّط صريحاً، وهم زيّنوا هذه الطريقتين بهذين الكلامين ، واعتمدوا على طريقة التمكين ، وخرجوا هذه المسألة عليها ، وقالوا : إنما أدّعينا بالتمكين والتمكين يجعل كالتسليط في سقوط الضمان ولايجعل كالتسليط في الرجوع بالضمان ، بدليل ما لو قدّم الطعام بين يدي إنسان فإنه يجعل تسليطاً في سقوط الضمان ولو ظهر مستحق وضمنه لايرجع على المقدّم للطعام إلاّ أنه يقال لهم : في مسألة تقديم الطعام وان صرّح بالأمر بالأكل لايرجع أيضاً ، وهاهنا لو صرح بالأمر بالقتل فإنه يرجع .

وقالوا : " على هذا ان الرجوع عندنا بحكم الإستعمال ، وفي مسألة الطعام لا استعمال سواء صرّح بالأمر بالأكل أو لم يصرّح لأن أكل الإنسان ابداً يكون لنفسه ، ولايتصوّر أن يكون فيه عاملاً لغيره ، بخلاف الإتلاف فإنه يتصوّر أن يكون الإنسان فيه عاملاً لغيره ، فإذا صرّح بالأمر بالإتلاف يكون عاملاً لغيره فثبت له الرجوع ، وإذا لم يصرّح ولكن وجد التمكين المجرد فيكون راضياً بالإتلاف فسقط به الضمان الواجب له ولكن لايصير عاملاً / لغيره حتى يرجع ١٨٤/أ

بالعهدة عليه إذا لحقه الضمان هذا تخريجهم هذه المسألة على الطريقة الثانية .

وأما الطريقة الأولى فقد تكلمنا عليها .

وأما هذه الطريقة ، فهي فاسدة أيضاً .

ووجه فسادها : انه لو دفع ماله إلى بالغ من غير ذكر ايداع أو وضع بين يديه بحيث يتمكن من إتلافه فأتلفه ، لاخلاف انه يجب عليه الضمان وقد وُجِدَ التمكن الذي ذكروه في هذه الصورة ، وكذلك لو سيّب دابته في الصحراء فأتلفها إنسان يجب الضمان وقد وجد تمكين الناس من إتلافها .

ثم يقال لهم : ان المالك إنما يملك الإتلاف بملكه لابيده ، كما يملك سائر التصرفات بملكه لابيده ، وهو لم يثبت الملك له حتى يصير مثبتاً له ملك الإتلاف .

قالوا : إنما نعني بما قلناه انه يملك الإتلاف حسّاً بيده لاشرعاً .

قلنا : لا اعتبار بالملك حسّاً مع المنع شرعاً .

والحرف : انه لما كان الملك شرعاً بالملك ، والايداع لم يثبت الملك له فلم يعتبر اقتداره عليه من حيث المحسوس ولايصير إثباته القدرة عليه محسوساً عاملاً في اسقاط ضمان يجب له شرعاً ، وهذا كَمَنْ أودع منه عبداً فقتله فإنه يجب عليه الضمان ، والتمكين باليد المحسوسة قد وُجِدَ ، ومع ذلك لم يجعل ذلك رضىً بسقوط الضمان لمابينا .

وقولهم : " ان الرضا لاعمل له في الدماء " .

قلنا : ليس كذلك ، بل هو عامل بدليل ما لو صرّح بالأمر بالقتل ، وقد أجبنا عن عذرهم .

جواب آخر :

وهو أن الوديعة ليست بإثبات يد للمودع في الحال ، وإنما هو إقامة يده مقام يده في الحفظ فصار الإيداع في الحقيقة إثباتاً من المودع يداً أخرى لنفسه في حفظ المال أو إثبات يد ثانية عن يده في الحفظ ، فأما أن يقال أنها إثبات يد المودع على المال حقيقة فلا ، فإن رجعوا إلى ما قالوا : إن المعنى من قولنا : " إثبات اليد المحسوسة وبها يتمكن من الإتلاف فقد أجبنا عنه .

ويقال لهم : إثبات محسوس يقابله الإستحفاظ المحسوس فإن المالك قد قال للصبي " أودعتك هذا الشئ لتحفظه فإن اعتبرتم إثبات التمكين حسّاً بإثبات اليد المحسوسة فاعتبروا الإستحفاظ المحسوسة بنفي التمكين، وإن رجعتم إلى المشروع في الإستحفاظ وقلتم : إن الإستحفاظ غير صحيح مع الصبي فارجعوا في التمكين إلى المشروع ، ونحن نعلم أنه يملك الإتلاف شرعاً في الموضع الذي يملكه بحكم ملكه لابحكم تمكنه منه بيده ، وإذا اعتبر الشرع لم يوجد بالإيداع التمكين من الإتلاف ولا الرضا .

والله تعالى أعلم بالصواب .

□□□□

مسألة :

يستحق سلب المقتول بالقتل على شرائط مذهبية .[1]

وعندهم : لايستحق بالقتل سلب القتيل ، قالوا : ولو نُفّل استحق بالتنفيل .[2]

لنـا :

الأخبار الثابتة في الباب ، والروايات كثيرة وأحسنها حديث أبي قتادة أن النبي ﷺ قال : (مَنْ قتل قتيلاً وعليه سلبه فله سلبه) .[3]

---

(١) الأم : ٤/٦٧ ، مختصر المزني مع الحاوي : ٨/٣٩٣ ، المهذب : ٢/٣٠٤، النكت ٢٨٨/ب ، الحاوي : ٨/٣٩٣ .

معالم السنن : ٣/١٦٠ ، شرح النووي على مسلم : ١٢/٥٨ ، ٥٩ .

قال الخطابي في المعالم " قال الشافعي : " إنما يكون السلب للقاتل إذا قَتَلَ والحرب قائمة والمشرك مُقبل غير مدبر ، لأنه عطية أعطاها إياه لابلائه في الحرب ، فأما مَنْ أجهز على جريج فلا معنى تخصيصه بالعطاء من غير إبلاء كان منه ، وسواء عنده بارز أو لم يبارز نادي الإمام به أو لم يناد".

(٢) مختصر الطحاوي ص ٢٨٤ ، الأسرار : ١/١٤٤/ب (مراد ملا) ، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب : ٢/٧٨٠ ، شرح معاني الآثار : ٣/٢٣١.

(٣) رواه مسلم في صحيحه : ١٢/٥٩ مع النووي ، باب استحقاق القاتل ==

وفي رواية " إيما مسلم قتل كافراً فله سلبه " .[1]

وفي الرواية الأولى قصة ذكرناها في التعليق ، وذكرها أبو داود في السنن .

ولايجوز أن يحمل على التنفيل ، لأن في حديث أبي قتادة أن النبي عليه السلام قال ذلك بعد تقضّي القتال ، والتفضيل بعد تقضى القتال باطل ، ولأن الظاهر من قول صاحب الشرع أنه يكون نصب شرع وانه مسرسل على الأزمان كلها ، يعم حكمه جميع الناس ، والحمل على التنفيل شرع التنفيل لاشرع السلب للقاتل ، والحمل على التنفيل شرع التنفيل لاشرع السلب للقاتل ، والخبر يقتضي شرع السلب للقاتل وليس ذلك إلاّ على مذهبنا ، ولأن الخبر يدل على الإستحقاق بالقتل ، وعلى مازعموا يستحق بالتنفيل لا بالقتل .

(=) سلب القتيل .

والبخاري في صحيحه : ٢٤٧/٦ مع الفتح ، باب مَنْ لم يخمس الأسلاب .

وأبو داود في سننه : ١٦١/٣ مع المعالم ، باب في السلب يعطي القاتل .

وأحمد في مسنده : ٣٠٦/٥ .

والطحاوي في شرح معاني الآثار : ٢٢٧/٣ .

والبيهقي في سننه : ٢٢٠/٦ .

(١) رواها أبو داود في سننه : ١٦٣/٣ مع المعالم ، باب في السلب يعطي القاتل ، وقال : هذا حديث حسن .

والدارمي في سننه : ٢٢٩/٢ .

والحاكم في المستدرك : ١٣٠/٢ .

وأحمد في مسنده : ١١٤/٣ .

وابن أبي شيبه في مصنفه : ٥٣١/١٤ .

وقد تعلقوا بحديث عوف بن مالك الأشجعي انه خرج في غزوة مؤتة ورافقه مَدَديٌّ [1] من أهل اليمن ، وأن المددي قتل رجلاً روميّاً وحاز فرسه وسلاحه ، ثم أن خالد بن الوليد أخذ منه ذلك ، فقال له عوف : ألم يجعل رسول الله ﷺ السلب للقاتل ؟ فقال : نعم ، ولكن إستكثرته، فقال عوف : لأقولنّ ذلك للنبي ص ، فذكر ذلك للنبي حين **/ ١٨٤/ب** اجتمعا عنده فقال (يا خالد " ردّ عليه سلبه) ، فلما خرجا من عنده ص فقال عوف : ياخالد : ألم أف اليك بما قلتُ ؟ فسمع النبي ﷺ وغضب من ذلك ثم قال :(يا خالد لاترد عليه ، هل أنتم تاركي أُمرائي لكم صفو [2] أمرهم وعليهم كدره) . ذكره أبو داود [3] .

وموضع الإستدلال لهم من قوله (لاترد عليه) ولو كان السلب مستحقاً للقاتل شرعاً لم يأمره بترك الرد عليه ، دل انه مفوض إلى رأي الإمام .

ورووا أن معاذ بن عمرو بن الجموح ومعاذ بن عفراء أنهما تنازعا في سلب أبي جهل ، وادعى كل واحد منهما قتله ، قال : هل مسحتما

---

(١) مَدَديٌّ : يعني رجلا من المدد الذين جاؤوا يمدون أهل مؤتة ويساعدونهم . انظر شرح النووي على مسلم : ٦٦/١٢ .

(٢) الصفوة : مكسورة الصاد ، خلاصة الشئ وما صفا منه ، وإذا أثبت الهاء قلت : صفوة بكسر الصاد ، وإذا حذفتها ، قلت : صَفو بفتحها . أهـ . معالم السنن : ١٦٤/٣ .

(٣) انظر سنن أبي داود : ١٦٣/٣ ـ ١٦٥ مع المعالم ، باب في الإمام يمنع القاتل السلب ....) .

ورواه مسلم في صحيحه : ٦٥/١٢ مع النووي ، باب استحقاق القاتل سلب القتيل والطحاوي في شرح معاني الآثار : ٢٣١/٣ .

سيفيكما ؟ قالا : لا ، قال : أرايتهما [١] ، فأرياه سيفيهما فقال : كلاكما قتله ، ثم أعطى سلبه معاذ بن عمرو بن الجموح . [٢]

والجواب :

أما الخبر الأول :

فدليل عليهم ، وذلك لقوله لخالد (ردّ عليه سلبه) .

وأما قوله ﷺ في آخر الخبر (لاترد عليه) فيحتمل { أن يكون ذلك نوعاً من التكبر على عوف وردعاً له وزجراً لما كان سبق منه ، والتكبر على أميره وأمضى لخالد ما كان إدّى إليه اجتهاده من استكثار السلب ، والأشبه أن يكون رسول الله ﷺ عوّض المددي من الخمس الذي هو له}[٣].

وإذا احتمل الذي قلناه فلا تترك السنة الثابتة المشهورة بهذا النوع من المورد المحتمل .

وأما حديث سلب أبي جهل فلا تعرف صحته ، وإنما هو مذكور في مقاطيع المعازي ومراسيلها ، وعلى أن غنائم بدر قد كانت خاصة لرسول الله ﷺ يعمل فيها ما يشاء .

والسبب في ذلك مشهور وهو تنازع أصحاب رسول الله ﷺ في ذلك

---

(١) كذا في المخطوط وفي السير الكبير لمحمد بن الحسن (أرياني سيفيكما) .

(٢) رواه مسلم في صحيحه : ٦٣/١٢ مع النووي ، باب استحقاق القاتل سلب القتيل .
والبخاري في صحيحه : ٢٤٧/٦ مع الفتح ، باب مَنْ لم يخمس الأسلاب .
وذكره محمد بن الحسن في السير الكبير : ٥٩٩/٢ .

(٣) ما بين القوسين نقلاً من معالم السنن للخطابي : ١٦٤/٣ .

حتى نزل قوله تعالى : (**يَسْأَلُونَكَ عَنِ الأَنْفَالِ ، قُلِ الأَنْفَالُ لِلَّهِ وَالرَّسُولِ**) . (١)

وأما الكلام من حيث المعنى :

فهو ضيق المجال ، والمسألة خبرية ، ويمكن أن يقال أن السلب مال تفرد القاتل بالإستيلاء عليه فتفرد بملكه كالصيد يتفرد الإنسان بأخذه يكون لَمَنْ أخذه .

وهذا أصل مدلول عليه بدليل جميع المباحات إلاّ أن في سائر الغنائم ترك هذا الأصل ، لأن القول به يؤدي إلى مفسدة عظيمة ، وهي اشتغال الأبطال عن تتميم القتال بأخذ الأموال خوفاً من استبداد ضعفاء الجند بنهب الأموال والتفرد بها بأخذها وملكها ، فإنهم إذا عرفوا ذلك نكلوا عن كثير من إفعالهم وتركوها .

وفيه خوف عود الضرر العظيم على عسكر المسلمين فلأجل دفع هذه المفاسدة جعلنا القسمة لجميع الجند ولم يختص كل واحد منهم بملك المأخوذ .

وأما السلب فتخصيص القاتل به لايؤدي إلى مفسدة ، وقد تفرد بالإستيلاء عليه بسببٍ هو الغاية في العناء ونهاية المطلوب من القتال ، وذلك كفاية شر هذا الكافر بقتله فتفرد بسلبه عوضاً عن ما انفرد به من العناء ليكون ذلك عوضاً له عن فعله وحثاً لأمثاله على مثل فعله .

وبهذا الطريق جاز التنفيل ، ونحن نعلم أن الإمام لاسبيل له إلى قطع حق

---

(١) سورة الأنفال آية (١) .

الجماعة وتخصيص البعض بالغنيمة لكن جاز ذلك في السلب لما ذكرنا ، فليكن ذلك ثابتاً بأصل الشرع ، لأنه أبلغ في الوصول إلى المقصود ونيل المراد من الحث على القتال وكفاية شر الكفار .

وأما هم قالوا :مأخوذ بظهور المسلمين وقوتهم فيكون محبوساً مقسوماً .

دليله : سائر الأموال .

وإنما قلنا ذلك لأنه لولا قوتهم وإلاّ لم يظهر على هذا الكافر وشبهوا بالواحد بفتح حصناً لاينفرد بما فيه ، وكذلك السرايا لاينفردون بما أخذوا .

ويدل عليه : أن مَنْ أسر أسيراً لاينفرد بسلبه ، وكذلك لاينفرد بملكه وأسره نظير قتله .

وقاسوا على ما لو قتل الكافر بعد إدباره .

والجواب : بتقرير ما سبق .

وقولهم : " لولا قوة المسلمين لم يظفر عليه " .

قلنا : هذا غير معتبر مع تفرده بالقتل ، كما لو أثار رجل صيداً وأخذه غيره فإنه يكون للآخذ دون المثير، وإن كان لولا إثارته لم يأخذه .

وفي الاسير وجهان ، وعلى التسليم كفاية الشر بالكلية يكون بالقتل .

وأما إذا قتل كافراً مدبراً فهو مكفى الشر من وجه إدباره وهزيمته .

والله أعلم بالصواب .

□□□□

(مسألة)

الغازي إذا جاوز الدرب فارساً ثم هلك فرسه إستحق سهم الرجالة عندنا .[1]

وعندهم : يستحق سهم الفرسان .[2]

لنا :

انه لم يوجد سبب استحقاق سهم الفارس فلا يستحق سهم الفارس .

دليله : إذا هلك الفرس قبل دخوله دار الحرب .

وإنما قلنا انه لم يوجد / السبب ، لأن السبب هو الجهاد فارساً **١٨٥/أ** ولـم يوجد ، لأن الجهاد والقتال بمعنى واحد فلم يوجد ، وذلك لأن الجهاد مع الكفار هو فعل منه يتصل بهم ، وهو كجهاد الرجل مع الرجل وقتاله معه هو فعل متصل به مثل ضربه إياه وكلامه معه ، وهذا لايكون إلاّ بحقيقة المقاتلة والمحاربة ، فأما بدخول دار الحرب فلا ، لأنه لايوجد فعل منه يتصل بهم حتى يكون مجاهداً إياهم . فثبت انه لم يوجد الجهاد فارساً ، وإذا لم يوجد فقد فُقِدَ سبب الإستحقاق فانتفى الإستحقاق ، ونقيس على ما لو باع الفرس بعد دخوله دار الحرب أو مات الفارس فإنه يسقط سهم الفارس في الموضعين ،كذلك ههنا .

---

(١) مختصر المزني مع الحاوي : ٤٢١/٨ ، المهذب : ٣١٤/٢ ، النكت ورقه : ٢٩٠/أ ، الحاوي : ٤٢١/٨ ، الروضة : ٣٧٨/٦ .

(٢) مختصر الطحاوي ص ٢٨٥ ، الأسرار : ١٤٤/١/أ (مراد ملا) ، الهداية : ٤٩٨/٥ (مع فتح القدير) ، البدائع : ٤٣٦٥/٩ رؤوس المسائل ص ٣٦٤ .

وأما حجتهم :

قالوا : وُجِدَ الجهاد فارساً فاستحق سهم الفرسان ، كما لو شهد الوقعة ثم هلك فرسه .

وإنما قلنا : " إنه وجد الجهاد فارساً " لأن دخول دار الحرب جهاد .

والدليل عليه قوله تعالى (**وَلاَيَطَؤُونَ مَوْطِئاً يَغِيظُ الكُفَّارَ وَلاَيَنَالُونَ مِنْ عَدُوٍ نَيْلاً إلاَّ كُتِبَ لَهُمْ بِهِ عَمَلٌ صَالِحٌ** .....) .[1]

فقد نُزل وطء ديارهم منزلة النيل منهم ، ثم النيل منهم بالقتل والأسر جهاد ، كذلك وطء ديارهم ، ولأن دخول دار الحرب معنىً يؤدي إلى الجهاد ، لأنه إذا دخل دار الحرب بقصد قتالهم قصدوه بالقتال ، والقتال جهاد .

فثبت انه معنىً يؤدي إلى الجهاد فيكون جهاداً شرعاً .

دليله : شهود الوقعة .

قالوا : وأما حقيقة المقاتلة ساقطة العبرة ، بدليل أنه بعد ما شهد الوقعة لو قاتل راجلاً أو لم يقاتل استحق سهم الفرسان ، وإذا سقط اعتبار حقيقة القتال صارت العبرة بما جعل جهاداً شرعاً ، وذلك بدخوله دار الحرب .

وربما يقولون : وُجِدَ فارساً في أول أجزاء الجهاد فوجب أن يستحق سهم الفرسان .

دليله : ما بينّا .

وأول جزء الجهاد هو مجاوزته دار الإسلام إلى دار الحرب على ما بينّا

---

(١) سورة التوبة آية (١٢٠) .

وقد قال مشايخهم : ان الخيل تقصد للإرهاب والإرعاب بدليل قوله تعالى :

(ومِنْ رِبَاطِ الخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللهِ وَعَدُوَّكُمْ ...) .[1]

والإرهاب يحصل بنفس الدخول ، لأن العادة انهم يستعملون عدد الخيل والرجل عند الدخول فيحصل الإرهاب بنفس الدخول من هذا الوجه ، وإذا حصل المقصود من الخيل تم السبب المشروع للإستحقاق .

قالوا : ولايلزم إذا باع الفرس ، لأنه ليس بمجاهدٍ بل هو تاجر ، لأنه تبين ببيعه انه قصد التجارة لا الجهاد .

وأيضاً : فإن السبب وان وُجِدَ بالدخول فالبيع قد قطع السبب باختياره فصار السبب كالمعدوم في حقه بخلاف الموت فإنه لايوجد باختياره .

قالوا : وأما إذا مات الفارس فإنها يسقط السهم بفوات المستحق، والهالك لاسهم له .

وفي مسألتنا المستحق قائم انما هلك المستحق به ، وقد فرق بينهما ، ألا ترى أن بعد شهد الوقعة لو هلك الفرس لايسقط السهم ، ولو هلك الفارس سقط سهمه .

الجواب :

ان دعوى وجود الجهاد بمجاوزة الدرب ، فاسد لما بينّا .

والحرف : أنا نعتبر الحقيقة التي ذكرناها إلى أن يصرفنا عنه صارف بدليل قاطع.

أما الآية ، نحن نقول : إن دخول دارهم بنيّة الجهاد بمنزلة النيل منهم في حيازة الأجر ، وكذلك الخروج من داره بنيّة الجهاد جهاد ، وإن اخترمته المنية قبل وصوله إلى دار الحرب فقد أحرز الأجر بدليل قوله تعالى :

---

(١) سورة الأنفال آية (٦٠) .

(وَمَنْ يَخْرُجْ مِنْ بَيْتِهِ مُهَاجِراً إلى اللَّهِ وَرَسُولِهِ ثُمَّ يُدْرِكْهُ المَوْتُ فَقَدْ وَقَعَ أَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ ....) [1]

وأما استحقاق الأجر في الدنيا أمر آخر يتعلق بحقيقة القتال كسقوط فرضه عنه إذا تعيّن عليه بنفير أو غيره يكون بوجود حقيقته ، وكذلك سقوط فرض الحج على الإنسان يكون بوجود حقيقته .

وأما قولهم : " إن الدخول فعل مفضيٍ إلى الجهاد " .

قلنا : ما يفضي إلى الجهاد لايكون جهاداً ، لأن المفضي إلى الشئ غير ذلك الشئ ، وهذا كخروجه من داره بنيّة الجهاد يفضي إلى الجهاد ثم لايكون جهاداً حتى لو هلك فرسه في هذه الحالة قبل وصوله إلى دار الحرب لم يستحق سهم الفرسان .

والجملة أنا نقول : انه مادام في المسير سواء كان في دار الإسلام أو في دار الحرب لم يستحق سهم الفرسان ، لأنه في سبيل الجهاد وليس في نفس الجهاد ، وسهم الفارس متعلق بنفس الجهاد .

وأما قولهم : " **حقيقة القتال فارساً غير معتبر** " .

قلنا : قد قال بعض أصحابنا : انه لو ترك القتال فارساً لا لحاجة / **١٨٥/ب** القتال راجلاً لايستحق سهم الفرسان .

وعلى أنا ان سلمنا فنقول : إنا اكتفينا بشهود الوقعة فارساً عن القتال ، لأن المقصود من القتال فارساً زيادة النِكاية في العدو وشدة القتال ، لأنه يوجد من الفارس من شدة المقاتلة مالايوجد من الراجل ، وإذا كان المقصود ما بيّنا فقد تتفق مواضع في القتال يكون القتال راجلاً أنكى في

(١) سورة النساء آية (١٠٠) .

العدو وأقرب إلى الطعن بهم من القتال فارساً .

وعلى هذا عُرف المحاربة فإنه إذا اشتد القتال ترجلّت الفرسان وكم من المواضع يكون الفرس وبالاً على الفارس فإذا كان أمور الحرب تختلف هذا الإختلاف ، وهذا أمر يعلمه الشجعان والفرسان ويخفى على سائر الناس فلو اعتبرنا ذلك وأدرنا الحكم عليه أدّى إلى حرج عظيم فسقط اعتبار حقيقة المقاتلة على الفرس وانتقل الحكم إلى ظاهر الأمر وهو شهود الوقعة فارساً وأدير الحكم عليه وجوداً أو عدماً .

فإن قالوا : فنحن ندير الحكم على دخول دار الحرب .

وربما قالوا : إذا سقطت اعتبار حقيقة القتال فلم كان اعتبار شهود الوقعة أولى من اعتبار دخول دار الحرب ؟ .

قلنا : إنما اعتبرنا شهود الوقعة ، لأنه أقرب السببين إلى حقيقة القتال وأدلهما عليه وأشهدهما في الأداء إليه ، ألا ترى انه يسمى مقتلة ومعركة ، والفعل فيه يسمى وقعة .

وأما دخول دار الحرب فهو مجرد انفصال من مكان إلى مكان فهو كانفصاله من بلده وحصوله في الطريق .

فإن قالوا : دخول دار الحرب أمس السببين فيكون أولى بالاعتبار .

قلنا : أسبق الأسباب انفصاله من داره بنيّة الجهاد ومع ذلك لم يعتبر ، دل أن المعتبر ماقدمناه .

وأما قولهم : " ان إرهاب العدو يحصل بدخول دار الحرب " .

قلنا : لا ، بل يحصل عند شهود الوقعة .

وأما الإلزام بموت الفارس فبالغ واقع .

وقولهم : " **إن هناك هلك المستحق** " .

قلنا : وهاهنا هلك ما يُستحق به .

وأما تعلقهم في الفرق بما بعد شهود الوقعة .

فليس بمسلمٍ ، لأن عندنا لافرق بين موت الفرس وموت الفارس بعد شهود الوقعة .

والله تعالى أعلم .

(مسألة)

سهم ذوى القربى ثابت عندنا في حال حياة النبي ص وبعد وفاته ويفردون بسهم من الخمس بعلة القرابة .[1]

وعندهم : قد كان لهم سهم يستحقونه بعلة النصرة ، وسقط بوفاة النبي ﷺ .[2]

ومنهم مَنْ قال : بقى مستحقاً بعلة الفقر .[3]

لنا :

قوله تعالى : (**وَٱعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي ٱلْقُرْبَىٰ ....**) .[4]

والمراد منه قرابة الرسول عليه السلام ، لأنه سبق ذكر الله وذكر الرسول ،

---

(١) مختصر المزني مع الحاوي : ٤٤٩/٨ ، المهذب : ٣١٦/٢ ، النكت ورقه ٢٨٧/ب ، الحاوي : ٤٢٩/٨ ، الروضة : ٣٥٥/٦ ، معالم السنن : ٣٨٥/٣ .

(٢) الأسرار : ١٤٣/١/ب (مراد ملا) ، الهداية : ٥٠٣/٥ ، (مع فتح القدير) ، رؤوس المسائل ص ٣٦٢ ، البدائع : ٤٣٦١/٩ .

(٣) قال الكاساني في بدائعه : " والصحيح انه كان لفقراء القرابة دون أغنيائهم يعطون لفقرهم وحاجتهم لالقرابتهم ، وقد بقى كذلك بعد وفاته ، فيجوز أن يعطى فقراء قرابته عليه الصلاة والسلام كفايتهم دون أغنيائهم ويقدمون على غيرهم من الفقراء " : ٤٣٦١/٩ .

(٤) سورة الأنفال آية (٤١) .

ويستحيل أن ينصرف إلى الله تعالى فانصرف إلى الرسول ﷺ .

فإن قالوا : " ذوي القربى " لفظ محتمل ، يجوز أن يكون المراد منه قرب النسب ، ويجوز أن يكون قرب النصرة ، ويجوز قرب الصحبة .

قلنا : القرابة المطلقة شرعاً وعرفاً بقرب النسب ، بدليل أنه لو أوصى لذي قربى بني فلان ينصرف إلى أقربائه نسباً بالإجماع ، وكذلك قوله تعالى : (**كُتِبَ عَلَيكُمْ إذَا حَضَرَ أحَدَكُمُ الموَتُ إنْ تَرَكَ خَيْراً الوَصِيَّةُ للوالدَينِ والأقْرَبَين بِالمعْرُوفِ حَقّاً عَلَى المُتَّقِينَ** ...) [1] وفي العرف لايفهم بإطلاق لفظه إلاّ الأقرباء من النسب .

وقد دلت السنة على هذا فإنه قد ثبت برواية سعيد بن المسيب عن جبير بن مطعم أن النبي عليه السلام قسم الخمس يعني خمس الخمس بين بني هاشم وبني المطلب فانطلقت أنا وعثمان بن عفان إلى النبي عليه السلام ...) [2] الخبر إلى آخره .

ففي قسمته صلوات الله عليه هذا السهم بين بني هاشم وبني المطلب دليل على أن المراد من ذي القربى المذكور في الآية أقرباء النبي ص وإذا ثبت هذا فالاستدلال من قوله تعالى : (ولذي القربى) وهذه اللام تقتضي الإستحقاق ، كما يقال : الثوب لزيدٍ والدار لعمرو ، وإذا ثبت الإستحقاق بهذا اللفظ لم يجز أن يُحرمُوا .

---

(١) سورة البقرة آية (١٨٠) .

(٢) رواه أبو داود في سننه : ٣٨٢/٣ .

ويدل على ماذكرنا حديث عبد الرحمن بن أبي ليلى قال : سمعتُ علياً رضي الله عنه يقول : اجتمعتُ أنا والعباس وفاطمة وزيد بن حارثة [١] عنـــد النبي ﷺ فقلتُ : يارسول الله إن رأيت أن تولينا حقنا من هذا الخمس في كتاب الله فأقسمه في حياتك كي لاينازعني أحد بعدك فافعل ففعل ذلك فقسمتُه في حياة النبي ﷺ ثم ولاّنيه أبو بكر رضي الله عنه حتى كان آخر سنة من سني عمر رضي الله عنه فإنه أتاه مال كثير فعزل حقنا ثم / أرسل إليّ فقلتُ : بنا عنه العام غنىً وبالمسلمين عليهم **١٨٦/أ** حاجة فاردده فردّه عليهم ثم لم يدعُني إليه بعد عمر أحد ، فلقيتُ العباس بعدما خرجتُ من عند عمر ، فقال : يا علي حرمتنا الغداة شيئاً لايُرد علينا أبداً " ، وكان رجلاً داهياً . [٢]

رواه أبو داود [٣] على هذا الوجه .

والمعتمد الكتاب ولامزيد عليه .

وأما حجتهم :

تعلقوا بالخبر الذي روينا من طريق سعيد بن المسيب عن جبير بن مطعم حيث انطلق هو وعثمان إلى النبي ﷺ وقالا : قسمت لإخواننا بني المطلب ولم تعطنا شيئاً يعني بني عبد شمس وبني نوفل وقرابتنا واحدة فقال

---

(١) في المخطوط (حارث) والتصويب من سنن أبي داود .

(٢) الدّهى : بفتح الدال وسكون الهاء : الفطنة وجودة الرأي . انظر معالم السنن : ٣٨٦/٣ .

(٣) انظر سنن أبي داود : ٣٨٥/٣ ، ٣٨٦ مع المعالم ، باب في بيان مواضع قسم الخمس وسهم ذوي القربى .

النبي عليـه السـلام : (إنما نحن بنو هاشم وبنو عـبـد المطلب شئ واحد) .[1]

وفي رواية (انهم لم يفارقونا في جاهلية ولا إسلام) .[2]

قالوا : وهذا دليل على أنه أعطى بالنصرة لا بالقرابة ، فإنهم طلبوا بالقرابة ، وأخبر النبي ص ان الحق كان بالنصرة ، والنصرة قد ذهبت بوفاة النبي ﷺ .

قالوا : وأما الأولاد الذين حدثوا في زمان النبي ص فإنما أعطاهم لأن النصرة صفة في الشخص وقد سرت إلى الأولاد فأعطوا أيضاً ، إلاّ إن السراية إنما تكون إذا كانت الصفة ثابتة في الأصل ، فأما إذا انقطعت عن الأصل لم يتصوّر السراية ، وبعد وفاة النبي عليه السلام فاتت هذه الصفة في الأصول فلا سراية بعد ذلك .

قالوا : وإثبات الإستحقاق بالنصرة أولى ، لأن هذا مال كرامة والنصرة طاعة فيجوز أن يستحق بالطاعة مال الكرامة وأما القرابة فلا تصلح علة للإستحقاق ، ولأن القرابة من الإنسان إنما تكون سبباً لإستحقاق ماله ، فأما أن تكون سبباً لإستحقاق سهم من الغنيمة فلا يعرف، ولأن الله تعالى نزّه النبي عليه السلام عن هذا اللوث، وهو أن تكون رسالته سبباً لإستحقاق عرض من الدنيا ، فإذا لم يستحق هو بالرسالة فلأن لايستحق بالقرابة منه أولى وأحرى .

---

(١) رواه أبو داود في سننه : ٣٨٢/٣ مع المعالم ، باب في بيان مواضع قسم الخمس وسهم ذوي القربى .

(٢) روى هذه الرواية أبو داود في سننه : ٣٨٤/٣ مع المعالم .
والنسائي في سننه : ١١٩/٧ ، في أول باب الفئ .
وأبو عبيد في الأموال ص ٣٦٥ .

قالوا : وأما الآية ففيها بيان المصارف في الجملة على ما تذكرون في المسألة التي تلي هذه ، وذوي القربى مصارف في الجملة حتى لو أعطى فقرائهم جاز ، بل لو صرف إليهم الجميع جاز أيضاً فقد استحقوا في زمان النبي ﷺ بعلة النصرة إلاّ أن العلة سقطت بوفاة النبي ﷺ فسقط الحق .

وأما الذين قالوا : إنهم يستحقون سهماً بعد النبي ص بالفقر فقد قالوا : بموجب الكتاب ، لأن السهم لهم ثابت إلاّ إنه لفقرائهم ، وهذا لأن الخمس مال الله والفقر علة مؤثرة في الإستحقاق من الذي يضاف إلى الله تعالى ، فإن الفقراء عبيده ، وقد استحقوا عليه الرزق بحكم الوعد ولم يعطهم من الأملاك شيئاً مايكون رزقاً لهم فأحالهم على المال الذي له على عبيده من الزكوات والخمس وغير ذلك ، وهذا لأن الحاجة علة مخيلة في استحقاق العبد رزقه على مولاه ومالكه .

قالوا : ولأن السهم المذكور من الخمس عوض لذوي القربى من الصدقة التي حرموها عليهم ، والحرمان للفقراء منهم دون الأغنياء لأن الأغنياء منهم حُرمُوا بعلة الغنى لا بعلة القرابة فإذا كان الحرمان للفقراء على الخصوص كان العوض للفقراء على الخصوص .

ورووا بطريق الكلبي [1] عن أبي صالح [2] عن ابن عباس أن أبابكر

---

(١) الكلبي : هو محمد بن السائب بن بشر الكلبي أبو النضر الكوفي النسابة المفسر متهم بالكذب ، ورُمي بالرفض ، من السادسة ، مات سنة ١٤٦هـ . روى له الترمذي وابن ماجة في التفسير . انظر التقريب ص ٢٩٨ .

(٢) أبو صالح مولى أم هانئ ، ضعيف . مدلس ، من الثالثة ، روى له أصحاب السنن الأربعة ، انظر التقريب ص ٤٢ .

وعمر ، وعثمان ، وعلياً ، قسموا الخُمس على ثلاثة أسهم لليتامى والمساكين وابن السبيل ، وجعلوا السهمين الباقين في الكراع والسلاح) .[1]

وذكر أبو داود في سننه في الخبر الذي ذكرناه برواية سعيد بن المسيب عن جبير بن مطعم أن أبا بكر قسم الخُمس نحو ما قسم رسول الله ﷺ غير انه لم يكن يعطي ذوي القربى ما كان النبي عليه السلام يعطيهم ، وكان عمر يعيطيهم ، وكذلك عثمان بعده .[2]

قالوا : فهذا يدل على أنه يجوز أن يُعطوا ، ويجوز أن يُمنعوا على حسب ما يراه الإمام ، ونحن كذلك نقول .

قالوا : ولأنه سهم من الخُمس فلا يجوز صرفه إلى الأغنياء .

دليله : سهم اليتامى .

الجواب :

أما الحديث الأول : فهو حجة عليهم على ما بينّا من قبل .

وأما قولهم : " انه ﷺ أعطى بعلة النصرة " .

قلنا : هذا محال ، لأن المروي انه قسم بين بني هاشم وبني المطلب ، فدل انه اعطاهم بعلة النسب .

وأما قوله ﷺ (إنما نحن وبنو المطلب شئ واحد) .

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية ، روى أبو يوسف عن الكلبي عن أبي صالح ... وذكره ٣/٤٢٤ .

(٢) انظر سنن أبي داود : ٣/٣٨٣ مع المعالم ، باب في بيان مواضع قسم الخمس وسهم ذوي القربى .
وأبو عبيد في الأموال ص ٣٦٥ .

قلنا : هذا مذكور بعلة إلحاق بني عبد المطلب بني هاشم دون بني عبد شمس وبني نوفل .

فإن قالوا : فإذا تحقق أنهم يكونون أتباعاً لهم فلا يسوّي بينهم وبين الأصول كالنساء والصبيان / . ١٨٦/ب

قلنا : إذا أُلحقوا بهم فحينئذ يصيرون مثلهم فيسوى في الإستحقاق .

ويمكن أن يقال : انه ﷺ جعل جفوةَ بني عبد شمس وبني نوفل وتركَ نصرتهم له علة لحرمانهم مع استواء بني المطلب والبطنين الآخرين في النسب ، وهو كما صار عداوة أبي لهب علة لحرمان منه وإن كانوا من بني هاشم .

ومجموع الكلام أن العلة في الإستحقاق هي القرابة إلاّ انه بشرط النصرة أو بشرط ترك الجفوة وترك الأذية .

وأما قولهم : " ان القرابة لايجوز أن تكون علة . "

قلنا : يجوز ، لأن المال مال كرامة وقرابة الرسول عليه السلام مخيلة في استحقاق الكرامة .

وأما قولهم : " ان الله نزّه الرسول عليه السلام عن التلوث بالدنيا " .

قلنا : نعم ، ولكن على جهة الطمع وطلب العوض فأما على جهة الكرامة فلا ، بل سمّى له ﷺ سهماً من الخمس كرامة له وجعل له الصفيّ [1] كرامة له ، فكذلك يجوز أن يكون لأقربائه سهم من الخمس

---

(١) الصفيُّ : هو ما يصطفيه من عرض الغنيمة من شئ قبل أن يخمس ـ عبد أو جارة أو فرس ، أو سيف وغيرها ـ وكان النبي ﷺ مخصوصاً بذلك مع الخمس الذي كان له خاصة " أهـ . قاله الخطابي في المعالم : ٣/ ٤٠٠ .

كرامة لهم .

وأما قولهم : " **أنا نثبت لهم سهماً بعلة الفقر** " .

قلنا : هذا مال كرامة فتأثير القرابة في استحقاقه أظهر ولأن الكتاب نص على هذا الوصف وقد وجدناه مؤثراً فلا نحيله على سبب آخر .

وقولهم : " **إن الحاجة لاستحقاق المال الكفاية على سيده** » .

قلنا : نجيب عن هذا في المسألة التي تلي هذه المسألة .

وأما فصل الحرمان فهو بعلةٍ القرابة في الكل ، لأن العامل لايجوز أن يكون هاشمياً مع غناه لأجل القرابة ، ولأنه إنما يحرم بالغناء مَنْ يستحق بالفقر فأما مَنْ لايستحق بالفقر فكيف يحرم بالغناء ؟

فدل أن بني هاشم حُرِمَ الأغنياء والفقراء منهم بعلة القرابة والسهم من الخمس عوض فيجب أن يكون العوض في محل الحرمان بعلة الحرمان حتى يكون عوضاً ، لأنهم إذا حُرِمُوا بالقرابة ولم يُعوّضوا بكون الحرمان عقوبة عليهم ، فدل أن الإعطاء والحرمان جميعاً بالقرابة .

وأما الذي رووه عن طريق الكلبي :

فضعيف جداً ، وقد اتفق أهل العلم بالرجال على أن الكلبي متروك [1] ، وقد قيل : كان بالكوفة كذابان السُّدي [2] والكلبي [3] ،

---

(١) انظر : تهذيب التهذيب : ٩/ ١٨٠ .

(٢) إسماعيل بن عبد الرحمن بن أبي كريمة السُّدي أبو محمد الكوفي ، صدوق يهم ورمي بالتشيع ـ من الرابعة ـ ، مات سنة ١٢٧هـ .
روى له مسلم وأصحاب السنن الأربعة ، انظر التقريب ص ٣٤ .

(٣) انظر تهذيب التهذيب : ٩/١٧٨ .

وعلى أن السّدي أمثل منه .

وأما أبو صالح أستاذ الكلبي فقد كان يسميه سعيد بن جبير : ابن صالح دروغْ زن .[1]

وأما الذي ذكروا عن أبي بكر انه لم يكن يعطيهم كما كان يعطيهم رسول الله ﷺ " .

قلنا : قد نقل بالروايات الصحيحة أن أبا بكر أعطاهم ، فلا تترك تلك الروايات بمثل هذه الروايات ، فلا تقبل رواية مَنْ لم يعرف الإعطاء في مقابلة من عرف

الإعطاء ، وقد قال : عليٌّ ، أما أبو بكر فلم يكن في زمانه كثير مال وماكان فقد اعطانا .... " .

وعلى الجملة الإعتماد على الكتاب ولانسخ بعد النبي ﷺ بقول أحد ولا فعله .

وأما اليتامى :

قلنا : اليتم دليل الحاجة بدليل أنه لو أوصى ليتامى بني فلان يصرف إلى المحتاجين منهم بخلاف الأقارب .

وعلى أنه قد منع فصل اليتامى ، والأصح التسليم ، والجواب ما بينّا .

وقد قال أصحابنا :

إن القرابة إذا منعت مالاً أوجبت مالاً ، بدليل قرابة الإنسان

---

(١) وروي هذه اللفظة ابن عدي في الكامل بسنده عن سفيان عن محمد بن =
(=) قيس عن حبيب ابن أبي ثابت قال : كان إذا حدّث عن أبي صالح قال : دروغْزن " أهـ . ٢/ ٥٠٢ .
وذكر هذه اللفظة ابن حبان في كتابه المجروحين : ١/ ١٨٥(عند ترجمته) .

منعت مال الوصية وأوجبت مال الميراث ، وتقرير هذا ما سبق .

والقياس على قرابة الإنسان نفسه ضعيف ، وأصل الكلام في إثبات العوضية كلام مؤيد بالسنة وهو قوله عليه السلام (يابني هاشم إن الله تعالى كره لكم غُسالة أيدي الناس ، وعوّضكم منها خمس الخمس) .[1]

وقد بينّا وجه الإستدلال من هذا الكلام . والله أعلم بالصواب .

□□□□

(١) قال الزيلعي في نصب الراية : غريب بهذا اللفظ : ٤٠٣/٢ .
وروى مسلم في حديث طويل من رواية عبد المطلب بن ربيعة مرفوعاً : ان هذه الصدقات إنما هي أوساخ الناس وإنها لاتحل لمحمد ولا لآل محمد ...) الحديث .
انظر صحيح مسلم : ١٧١/٧ مع النووي ، باب ترك استعمال آل النبي ﷺ على الصدقة .

(مسألة)

لايجوز صرف الصدقات إلى صنفٍ واحدٍ بل يجب صرفها إلى جميع الأصناف الذين يوجدون ، وتصرف إلى ثلاثة من كل صنف .[(١)]

لنا :

قوله تعالى : (إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ ....)[(٢)]

يقتضي ثبوت الحق لهم ، وقوله (والمساكين) معطوف في هذا الحق على الفقراء .

فثبت أصل الإستحقاق والتشريك بين الأصناف بمقتضى الآية .

وقد قال الأصحاب[(٣)] : أضاف هذا الحق إليهم بلام التمليك واشرك بينهم بواو التشريك فهو مثل ما يقول الإنسان : هذا الثوب لفلانٍ وفلانٍ وفلانٍ " .

وقد حرّروا وقالوا : مضاف إلى أصناف بأوصافٍ فثبت الحق لهم، ولم

---

(١) الأم : ٦١/٢ ، المهذب : ٢٣٠/١ ، النكت : ٨٦/ب ، الحاوي : ٤٧٨/٨ .

لم يذكر المؤلف مذهب أبي حنيفة في هذه المسألة ولعله سقط سهواً من الناسخ وهو جواز صرفه إلى صنف واحد .

انظر مختصر الطحاوي ص ٥٢ ، الأسرار : ١٢٨/١/ب (مراد ملا) ، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب : ٤٠٠/١ ، مختصر القدوري : ١٦٥/١ (مع الجوهرة) .

(٢) سورة التوبة آية (٦٠) .

(٣) منهم الشيرازي في مهذبه : ٢٣١/١ ، ونكته ورقه ٨٦/ب .

يجز أن يُحرم بعضهم ويُعطي بعضهم .

دليله : إذا أوصى لهؤلاء بثلث ماله .

وأما حجتهم :

تعلقوا بظاهر قوله (**إِنْ تُبْدُوا الصَّدَقَاتِ فَنِعِمَّا هِيَ وَإِنْ تُخْفُوهَا وَتُؤْتُوهَا الْفُقَرَاءَ فَهُوَ خَيْرٌ لَكُمْ ...**)[1]

فأقل ما يقتضي هذه الآية انه إذا صرف إلى الفقراء على الإنفراد يجوز .

قالوا : ولايجوز أن يحمل على النفل ، لأن الصدقات في كتاب الله محمولة على الفرائض بدليل قوله تعالى (**إنما الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ ...**)[2] وبدليل قوله تعالى (**خُذْ مِنْ /أَمْوَالِهِمْ 187/أ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ بِهَا وتزكيهم ...**)[3]

وأما المعنى :

قالوا : الفقراء ليسوا بمستحقين الزكاة ، وإنما هم مصارف لحق الله ، وإنما صاروا مصارفاً لحاجتهم إلى الكفاية وقد وجدت الحاجة في حق الواحد فصار محلاً لصرف حق الله تعالى إليه فإذا صرف إليه فقد صرف الحق إلى محله فجاز ، وهذا كما أن الكعبة لما صارت محلاً لأداء الصلاة إليها فسواء صلى إلى قلب الكعبة أو إلى جزء من أجزائها فإنه يجوز وقد بنوا هذا الفصل على أصلهم المذكور في مسألة نفي زكاة مال الصبيان وهو أن الزكاة محض حق الله تعالى وقد أمر بصرفه إلى الفقراء

---

(1) سورة البقرة آية (٢٧١) .

(2) سورة البقرة آية (٦٠) .

(3) سورة التوبة آية (١٠٣) .

لا على أنها حق لهم ، ولكن لأن الله تعالى وَعَدَ لهم الرزق ولم يملكهم ما يكون رزقاً لهم ، ولله تعالى على أرباب الأموال حقوق في أموالهم ، وهي : الزكوات أو العشور والكفارات فأحالهم بما وعدهم من الرزق على الأغنياء ليقبضوا أرزاقهم مما لله تعالى عليهم من الحقوق فصار كفّ الفقير شرطاً لتأدى حق الله تعالى ، ثم الفقير يستوفي رزقه من قبل الله بواسطة الوصول إلى الله تعالى حقاً له .

وقد ذكروا هذا الأصل في كتاب الزكاة بطوله وبسطه فلا يعاد .

وقالوا : من هذا الأصل ان الحق ليس للفقراء إنما هم مصارف على الوجه الذي بينّا ، وإنما صاروا مصارف لحاجتهم ، والحاجة في الجماعة والواحد واحد ، فقد وصل الحق إلى محله في الموضعين فتأدّى ووقع في موقعه كما لو صرف إلى الأصناف الثمانية .

قالوا : وخرج على هذا مسألة الوصايا ، لأن الموصي لهم مستحقون فإنهم أقوام عُيّنوا بعقد مشروع للاستحقاق فاستحقوا ، وإذا استحقوا لم يجز أن يُحرمُوا .

وأما الفقراء والمساكين في مسألتنا فمصارف ، وليسوا بمستحقين .

وقد تعلق مشايخهم : بالإمام إذا صَرَفَ إلى صنف واحد فإنه يجوز ، وكذلك رب المال لأنه نائبه وقائم مقامه .

وتعلقوا : بما لو اجتمع وصفان من هذه الأوصاف في شخص واحد لايجوز صرف وظيفتين إليه ، وكذلك إذا تفرق في شخصين .

الجواب :

أما الآية التي تعلقوا بها ، فلاتعارض الآية التي تعلقنا بها لأن فيها أمر بالإيتاء إلى الفقراء فتكون الآية متضمنة لصنف واحد .

وأصل الآية التي تعلقنا بها متضمنة جميع الأصناف . ونحن نعلم على القطع أن المتضمن لزيادة البيان أولى ، فعلى هذا يكون في تلك الآية فيها بعض ما تتضمنه هذه الآية فصارت هذه الآية أولى بالتعلق بها في هذا الحكم من تلك الآية ، لأن المستوفيوالمتضمن لجميع الحكم أولى من المتضمن ببعضه .

وأما المعنى الذي قالوه والجواب عنه :

أن الأصل الذي ادّعوه باطل ، والصدقات حق الفقراء بنص الكتاب ، وبالنظر في الأمثال والأشباه فإن ما يجعله الله تعالى لصنفٍ ولقومٍ هو مثل ما يجعله العبيد بعضهم لبعض بالعقود المشروعة ، فكما أن الحق يثبت لهؤلاء الأصناف بالعقود ، كذلك بالسبب الذي جعله الله لهم ذلك إلاّ أن العقد الذي يثبت به الحق لهؤلاء الأصناف بهذه الأوصاف ليس إلاّ الوصية فاعتبر بها .

والذي قالوا : " انهم مصارف كالكعبة للصلاة " .

فاسد ، لأن الكعبة ليس بمحل الصلاة لها ، فلابد أن يكون مصرفاً والفقراء محل استحقاق الحقوق ، وقد أضيف هذا الحق إليهم بلام الإستحقاق فاستحقوه .

ودعواهم " ان الزكاة حق خالص لله تعالى " .

وقد تكلمنا على هذا في كتاب الزكاة .

وقولهم " ان الله تعالى أحال الفقراء على الأغنياء بما وَعَدَهم من الرزق " .

هوس ، لأن الحوالات إنما تصح في الحقوق الواجبة ولاوجوب على الله تعالى .

وقولهم " **إن الله تعالى ملّك الأغنياء رزقهم** " .

فهذا مذهب أهل البدعة ، وعندنا الرزق ما تقوم به حياة الإنسان ، وليس رزقه ما يملكه ، وَمَنْ يأكل الحلال والحرام كلهم في رزق الله تعالى ، وهذا مذهب أهل السنة .

والدليل عليه : يسهل لكنه خروج عن مسالك الفقهاء ، فلا ينبغي أن يمكنوا من الشروع في أمثال هذا الكلام .

ثم يقال لهم إنْ سلموا لكم انهم مصارف ، فإنما صاروا مصارفاً بالحاجة ، ولكن أسباب الحاجة مختلفة بإختلاف هذه الأسباب فحاجة الفقراء لعدم المال وحاجة المسكين بالضر والزمانة ، وحاجة العامل ليتفرغ لهذه الحسنة بما يصل اليه من العمالة ، وحاجة الغارم لتفريغ ذمته ، وحاجة ابن السبيل ليصل إلى أهله ووطنه ، وحاجة المجاهد ليصل بالمأخوذ الى الجهاد ، فإذا اختلف أسباب الحاجة والمقصود دفع هذه الحاجات ، فإذا صرفنا إلى البعض دون البعض عطلنا البعض فأعرضنا عن هذه الأسباب ونظرنا إلى نفس الحاجة / . **١٨٧/ب**

وكما لايجوز ترك النظر إلى أهل الحاجة لايجوز ترك النظر إلى أسباب الحاجة .

فإن قالوا : بإجتماعهم في أصل الحاجة يصيرون كصنفٍ واحد "

قلنا : هذا دعوى بلا دليل ، وإذا اختلفت الأسباب لم يجز أن يجعلوا كصنفٍ واحد ، لأن فيه تعطيل الأسباب .

وقد قالوا : لو أوصى لأمهات أولاده وللفقراء وللمساكين يكون الثلث من الموصي به لأمهات أولاده ، لأنه جعل لأمهات الأولاد سهماً ، وللفقراء سهماً وللمساكين سهماً ، فلو صارت الأصناف في مسألتنا

كصنفٍ واحد ، فصار الصنفان في مسألة الوصية كصنفٍ واحد فينبغي أن يكون لأمهات الأولاد النصف وللفقراء والمساكين النصف . [1]

وأما تعلقهم بالإمام :

فتعلق فاسد ، لأن الإمام نائب عن الأصناف جميعاً فالوصول إلى يد وصول إلى الأصناف ، ثم له بعد الولاية في التعيين وتركه ، والزيادة والتخيير ، وما أشبه ذلك ، ولأنه سبق عليه حفظ زكاة كل إنسان ليصرفه إلى الأصناف جميعاً فجعل زكاة جميع مَنْ يسلم إليه زكاته كزكاة شخص واحد لدفع هذا الحرج ثم عليه صرف ما في يده إلى جميع الأصناف حتى لو أعطى البعض وحرم البعض لايجوز .

وأما قولهم : " إنه إذا اجتمعت صفتان من هذه الأوصاف في الشخص الواحد لايستحق وظيفتين " .

قلنا : إنما كان كذلك ، لأن الله تعالى قد نص على الأشخاص كما نص على الأوصاف فنقول : وإن اجتمعت صنفان في هذه الصورة ، ولكن الشخص واحد فلا يجمع له بين وظيفتين وَجُعل كمَنْ له صفة واحدة ولم يجمع حتى لايؤدي إلى الإخلال بالنصوص من وجهٍ .

والله أعلم بالصواب .

---

(١) انظر الأسرار : ١/١٢٩/ب (مراد ملا) .

(مسألة)

مَنْ عليه زكاة الأموال الظاهرة يجوز أن يفرق الزكاة بنفسه على أحد قولي [1] الشافعي رضي الله عنه ، وأصحهما . [2]

وعند أبي حنيفة رحمة الله عليه : لايجوز [3] ، وهو القول الثاني . [4]

لنــا :

قوله تعالى : (**ان تبدوا الصدقات فنعما هي وإن تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم ....**) .

وإيتاء الفقير هو الإيصال من يده إلى يده ، فأما الإيصال إلى يده من يد الإمام ان سُمّي إيتاء فهو مجاز لاحقيقة والعبرة بالحقيقة ، ولأنه أوصل الحق إلى مستحقه الذي هو من أهل استيفائه فوجب أن يصح ويخرج عن عهدته .

دليله : المشتري إذا أوصل الثمن إلى الموكِل .

ودليله : زكاة الأموال الباطنة إذا أوصلها مَنْ عليه إلى الفقراء .

وأما قولنا " أوصل الحق إلى مستحقيه " .

---

(١) الأم : ٦٧/٢ ، المهذب : ٢٢٨/١ ، النكت ورقه ٨١/أ ، الحاوي : ٤٧٢/٨ .

(٢) المهذب : ٢٢٨/١ ، الحاوي : ٤٧٢/٨ ، وهو القول الجديد .

(٣) الأسرار : ١/١٣٠/أ (مراد ملا) ، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب : ٤٠٥/١.

(٤) المهذب : ٢٢٧/١ ، النكت ورقه ٨١/أ .

فقد بينّا ان الصدقات حق الفقراء .

وأما قولنا : " إنه من أهل إستيفائه " .

لأن الفقير حر عاقل بالغ رشيد فيكون من أهل استيفاء حقه .

يبينه : أن الإمام إذا قبض يؤمر بتسليمه إليه ، فإذا كان من أهل الإستيفاء من يد الإمام يكون من أهل الإستيفاء من يد مَنْ عليه ، ولأن الزكاة سقطت عنه فيما بينه وبين الله تعالى ، بدليل أنه لو لم يتفق مطالبة الإمام لايؤمر هو بالإعادة ، وإذا سقطت عنه وهو الموجب عليه في حق الله تعالى وهو الموجب له فلا معنى لبقائه في حق وسيط ليس بيده إلاّ الوساطة والطلب ، وهذا معتمد .

وأما حجتهم :

تعلقوا بظاهر قوله تعالى (**خُذْ مِنْ أموالِهِمْ صَدَقَةً** ...) [1] وهو أمر ، والأمر على الوجوب ، ولأن الفقير مولى عليه من قبل الإمام في قبض الصدقات فلايجوز قبضه بنفسه ، كما لايجوز قبض الطفل .

وإنما قلنا "مولىً عليه" ، لأن الفقراء لكثرتهم عاجزون من قبض الصدقات فثبت الولاية عليهم لعجزهم ، كما يثبت على الأطفال والمجانين ، ولأن الأموال الظاهرة هي السوائم في البراري وأموال التجار في الطرق والزروع في الصحاري ، وهذه الأموال إنما تكون محفوظة مصونة بحشمة الإمام وحمايته ، ولولا ذلك ليغشمنّها الأيدي الظالمة ويوزعنّها المحادثات المتفرقة ولما كانت صيانتها بحشمة الإمام وحمايته فالله تعالى جعل له ولاية في قبضها جزاءً على تعبه في حمايته مثل

---

(١) سورة التوبة آية (١٠٣) .

المضحي يضحي فيقيم حق الله بيده فثبت له ولاية تفريق لحمها على الفقراء ليكون جزاءً له في مقابلة عمله .

وإذا ثبتت له هذه الولاية لم يكن لصاحب المال اسقاط حقه بل يحكم ببقاء حقه وبقاء الزكاة فيما يعود إلى حقه وان سقطت فيما بينه وبين الله تعالى ، ويجوز أن يسقط الشئ في حق شخص ويبقى في حق آخر كما لو قال زوج المعتدة : أخبرتني المرأة ان عدتها انقضت يحكم بسقوط العدة في حقه وبقيت في حقها على ما عرف .

وأما الموكل لأنه لاولاية عليه للوكيل ، وإنما الوكيل نائب وليس يدخل على هذا ما اعترضوا على / فصل الوكيل من وجه **١٨٨/أ** آخر وقالوا :إن لم نجوّز تسليمه الثمن إلى الموكّل احتجنا الى نقض قبضه واعادته في الحال ، لأن التسليم إليه متعين وإن قبضه الوكيل بخلاف مسألتنا ، لأن الإمام يجوز أن يعطيه فقيراً آخر .

قالوا :

وأما زكاة أموال التجارة فهي غير محفوظة بحشمة الإمام إنما هي محفوظة بأيدي أصحابها ، فلا معنىً لإثبات ولاية الإمام جزاءً على حمايته .

وعلى أنا إنْ قلنا : انها محفوظة بحشمة الإمام ، ولكن إنما جاز لأرباب الأموال أن يودوا بأنفسهم بأذن الإمام وهو عثمان رضي الله عنه على ما روى عنه ، إنه فوّض إليهم أداءها ، ولم يبطل بموته ، لأنه كان نوع حكم فلم يبطل بموت الحاكم .

واستدل مشايخهم :

بأصل ثبوت المطالبة فإن حق المطالبة ثابت للإمام في الأموال

الظاهرة بالإجماع حتى أن مَنْ عليه لو امتنع أخذ الإمامُ منه جبراً وقهراً

فنقول : حق ثبت للإمام المطالبة به واستيفائه فلا يجوز لِمَنْ عليه تفريقه بنفسه .

دليله : الجزية ، والخراج .

الجواب :

أما الآية ، فليس فيها أكثر من جواز أخذ النبي ﷺ والأئمة ، ولا كلام فيه .

وإنما الكلام في أنه هل يجوز لمن عليه أن يؤديها بنفسه أولا ؟ وليس في الآية تعرض لهذا .

أما قولهم : " **ان الفقير مولىً عليه** " .

لانسلم ، لأن الولاية لاتثبت إلاّ على مَنْ هو من أهل الولاية عليه ، والفقير حُرّ ، عاقل ، رشيد ، بالغ ، ليس من أهل ثبوت الولاية عليه .

وأما قولهم : " ان الفقراء لكثرتهم عجزه عن استيفاء الصدقة " .

قلنا : لاعجز ، لأنه لايؤمر بايصالها إلى جميع الفقراء ، ولأنه تعيين الفقير إلى مَنْ عليه الزكاة ، وإذا تعيّن ذهب العجز .

وأما قولهم : " ان السوائم تكون محفوظة بحشمة الإمام وحمايته " .

قلنا : وكذلك الأموال في البيوت وأموال التجارة في الخانات والحوانيت ، ومع ذلك يجوز لمن عليه أن يؤدّيها بنفسه " .

وقولهم : " انه كان بأذن الإمام وهو عثمان " .

قلنا : قوله رضي الله عنه كان في جميع الأموال فإنه قال :" هذا شهر زكاتكم فَمَنْ كان له مال وعليه دين فليحتسب ماله بما عليه ،

وليزك [١] بقية ماله .... " . [٢]

وليس لهذا اللفظ اختصاص بأموال التجارة دون غيرها ، وعلى أن الأموال الظاهرة إن كانت محفوظة بحمية الإمام فلم ينبغي أن يكون له الولاية على الفقراء .

فإن قالوا : جزاءً على عمله " .

قلنا : قد نال الأجر في الآخرة والرزق في الدنيا ، فلأيّ معنىً يحتاج إلى شئ آخر .

وأما ثبوت أصل المطالبة للإمام فللنظر لإرباب الأموال والفقراء.

أما أرباب الأموال فليسهل عليهم التسليم ولايحتاجون إلى طلب المستحقين وتتبع الأصناف ، وأما الفقراء فلأنه لو فوّض بالكلية إلى أرباب الأموال يغلب عليهم البخل والشح ولايكون للفقراء قوة الأخذ ، ولا لإرباب الأموال شفقة الإيصال فيفوت الحق .

وأما الإمام فيكون له قوة الأخذ وشفقة الإيصال فيحى الحق فلهذا أثبتنا لهم المطالبة .

وأما الجزية والخراج ، فإنما لم يجز لِمَنْ عليه أن يفرقها بنفسه لأن مستحقه غير متعين فإن للإمام أن يجعل الجزية والخراج في غير أرزاق

---

(١) في المخطوط " وليترك " والتصويب من المراجع الآتية في حاشية (٢) .

(٢) رواه الإمام مالك في الموطأ : ١١٧/٢مع المنتقى ، باب الزكاة في الدين .
والبيهقي في سننه : ١٤٨/٤ ، باب الدين مع الصدقة .
وابن أبي شيبة في مصنفه : ١٩٤/٣ ، باب ما قالوا في الرجل يكون عليه الدين مَنْ قال : لايزكيه .
وعبد الرزاق في مصنفه : ٩٢/٤ ، ٩٣ ، باب لازكاة إلاّ في فضلٍ .

المقاتلة مما يرى من المصالح ، وإذا لم يتعين مستحقه لم يجز لِمَنْ عليه تولى تفريقه بنفسه بخلاف مسألتنا فإن مستحق الصدقات متعيّن ، فإذا تعيّن مَنْ له وَمَنْ عليه ، ومَنْ له من أهل القبض فمنعُ قبضه محال .

يبينه : ان الخراج والجزية مصلحة الملك ، لأن الإمام لابُدّ له من قوة وقوته تكون بالجند ، وإنما يتقوّى بهم إذا أقاموا على بابه ، وإنما يقيمون على بابه برزقٍ يعطيهم ويجري على يده ، فإذا لم يجر على يده وكان لهم أن يأخذوا بأنفسهم أخذوا وتفرقوا وذهبت قوة الإمام فيصير كواحدٍ من الرعية فلا تبقى له هيبة عندهم ، وإذا ذهبت هيبته وحشمته عندهم فيضعف وتفرق جنده وأكلت الرعية بعضهم بعضاً وجاء الفساد الشامل وانقطع النظام وتعذر الضبط وانحل القوى وعَمّ الهرج ، وجاءت الفتنة الصماء العمياء ، وعند ذلك الهلاك وذهاب الدين والدنيا ، والله المستعان ، ومثل هذا لايوجد في أمر الزكاة ، لأنه للفقراء والمساكين ولايتعلق بذلك قوة الإمام ولابقاء السلطان فافترقا لهذا .

والله أعلم بالصواب وهو الموفق والمعين .

تم الربع الثاني من كتاب الإصطلام ، وهو ربع البيع بحمد الله تعالى ومنّه وهو الموفق لإتمامه بفضله وكرمه في أواخر شهر الله المعظم رمضان من شهور سنة سبع عشرة وخمسمائة ، والحمد لله وصلواته على نبيه محمد وآله أجمعين وحسبنا الله وحده وهو المعين .

□□□□

١) **القرآن الكريم .**

٢) **أحكام القرآن للجصاص :**

لأبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص ، مطبعة دار الفكر ، بيروت .

٣) **أحكام القرآن لابن العربي :**

لأبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي المالكي / تحقيق : على محمد البجاوي .

٤) **الأسرار :**

لأبي زيد عبد الله بن عمر الدبوسي (مخطوط) (مراد ملا) ، مطبوع (كتاب المناسك ، وكتاب النكاح) .

٥) **الاستذكار :**

لأبي عمر بن عبد البر النمري ، تحقيق : د / عبد المعطي أمين ، الناشر : دار الوعي ـ حلب .

٦) **الاستيعاب (مع الإصابة) :**

لأبي عمر بن عبد البر النمري ، انظر الإصابة .

٧) **الإشراف :**

لعبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي ، مطبعة الإرادة تونس .

٨) **الإصابة في تمييز الصحابة :**

لعلي بن أحمد بن حجر العسقلاني ، دار الكتاب العربي .

٩) **الإفصاح عن معاني الصحاح :**

لأبي المظفر يحيى بن محمد بن هبيرة الحنبلي ، الناشر : المؤسسة السعودية ، الرياض .

١٠) **الأم :**

لأبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي ، دار الشعب ، مصر .

١١) **الأموال :**

لأبي عبيد القاسم بن سلام ، تحقيق محمد خليل هراس ، طبع ادارة إحياء التراث الإسلامي ، قطر .

١٢) **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل :**

لعلاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي ، حققه : محمد حامد الفقي ، مطبعة السنة المحمدية ، الطبعة الأولى ، القاهرة .

١٣) **إيثار الإنصاف في آثار الخلاف :**

لسبط ابن الجوزي ، تحقيق : ناصر العلي الناصر الخليفي ، دار السلام ، القاهرة .

١٤) **البحر الرائق شرح كنز الدقائق :**

لزين الدين بن نجيم الحنفي ، الناشر : دار المعرفة ، بيروت .

١٥) **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع :**

لعلاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، الناشر : زكريا علي يوسف ، مطبعة الإمام ، القاهرة .

١٦) **بداية المجتهد ونهاية المقتصد :**

لأبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي المالكي .

١٧) **تاريخ خليفة بن خياط :**

لخليفة بن خياط ، تحقيق : د / أكرم ضياء العمري ، ط ٢ ، ١٣٩٧هـ ، مؤسسة الرسالة ، دمشق .

١٨) **تاريخ الطبري :**

لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري ، تحقيق : محمد أبو الفضل ، الناشر : دار المعارف ، ط (٤) ، القاهرة .

١٩) **تاريخ المدينة :**

لأبي زيد عمر بن شبه النميري البصري ، حققه فهيم محمد شلتوت ، توزيع السيد حبيب محمود أحمد ، دار الاصفهاني ، جدة .

٢٠) **تحرير ألفاظ التنبيه :**

لمحي الدين يحيى بن شرف النووي ، تحقيق : عبد الغني الدقر ، دار القلم ، دمشق ، ط ١ سنة ١٤٠٨هـ .

٢١) **تحفة الأحوذي شرح سنن الترمذي :**

لأبي العلي محمد بن عبد الرحمن المباركفوري ، عني بنشره : الحاج حسن ايراني .

٢٢) **تفسير القرطبي (الجامع لأحكام القرآن) :**

لأبي عبد الله محمد بن أحمد القرطبي ، ط ٣ ، مصورة عن مطبعة دار الكتب المصرية ، دار الكتاب العربي سنة ١٣٨٧هـ .

٢٣) **تقريب التهذيب :**

لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، ط (١) ، سنة ١٣٩٣هـ ، دار نشر الكتب الإسلامية ، كوجرانواله ، باكستان .

٢٤) **تقويم الأدلة :**

لأبي زيد عبد الله بن عمر الدبوسي ، مخطوط برقم (٢٥٥) نسخة القدس .

٢٥) **تنوير الأبصار :**

لشمس الدين محمد بن عبد الله بن أحمد الغزي الحنفي ، انظر : رد المحتار .

٢٦) **تكملة المجموع للسبكي :**

لتقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي ، انظر : المجموع .

٢٧) **تكملة فتح القدير :**

لشمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضي زاده افندي .

انظر : فتح القدير .

٢٨) **التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير :**

لأحمد بن علي بن حجر ، تحقيق : السيد عبد الله هاشم اليماني المدني سنة ١٣٨٤هـ ، شركة الطباعة الفنية ، القاهرة .

٢٩) **تهذيب التهذيب :**

لأحمد بن علي بن حجر ، ط ١ ، سنة ١٣٩٣هـ .

٣٠) **الجامع الصحيح (مع الفتح) :**

لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري ، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي ، ومحب الدين الخطيب ، المطبعة السلفية ، القاهرة سنة ١٣٨٠هـ .

٣١) **حلية الأولياء وطبقات الأصفياء :**

لأبي نعيم أحمد بن عبد الله الاصفهاني ، ط ٣ ، سنة ١٤٠٠هـ ، دار الكتاب العربي ، بيروت .

٣٢) الحاوي الكبير شرح مختصر المزني :

لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي الشافعي ، تعليق : علي محمد معوض ، عادل أحمد عبد الودود ، مكتبة دار الباز ، مكة المكرمة ، ط ١ ، سنة ١٤١٤هـ .

٣٣) خلاصة الوفاء باخبار دار المصطفى صلى الله عليه وسلم

لعلي بن عبد الله بن أحمد الحسني السمهودي ، نشر : المكتبة العلمية ، بالمدينة ، ط ١٣٩٢هـ .

٣٤) الخزانة في الأدب ولب لباب لسان العرب :

لعبد القادر بن عمر البغدادي ، تحقيق : عبد السلام هارون ، ط/٣ ، ١٩٧٩م ، الهيئة المصرية العامة للكتاب .

٣٥) الدراية في تخريج أحاديث الهداية :

لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، تعليق : عبد الله بن هاشم المدني ، مطبعة الفجالة ، القاهرة ، سنة ١٣٨٢هـ .

٣٦) الدر المختار على تنوير الأبصار (مع رد المحتار) :

ط ٢ ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، القاهـرة ، سنة ١٣٨٦هـ

٣٧) ديوان الأعشى :

لميمون بن قيس ، تحقيق : د / محمد محمد حسين ، ١٩٧٤م ، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع .

٣٨) ديوان علي بن أبي طالب رضي الله عنه :

طبعة بولاق .

٣٩) روضة الطالبين :

لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي الشافعي ، ط ١ ، المكتب الإسلامي، بيروت ، سنة ١٣٨٥هـ

٤٠) **رؤوس المسائل :**

لأبي القاسم محمود عمر الزمخشري ، تحقيق : عبد الله نذير أحمد ، ط ١ ، دار البشائر الإسلامية ، بيروت ، سنة ١٤٠٧هـ .

٤١) **الزهرة :**

لمحمد بن داود الاصفهاني ، تحقيق : د/ابراهيم السامرائي ، د/ نور حمود القيسي ، مكتبة المنار ، الزرقاء ، الأردن .

٤٢) **سنن أبي داود (مع المعالم) :**

لأبي داود سليمان بن الأشعث بن اسحاق الأزدي ، تحقيق : عزت عبيد الدعاس ، طبعة دار الحديث ، بيروت ١٣٨٨هـ .

٤٣) **سنن ابن ماجة :**

لأبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني ، تحقيق : محمد فؤاد عبدالباقي ، مطبعة عيسى البابي الحلبي ، مصر .

٤٤) **سنن الترمذي :**

لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي .

انظر : تحفة الأحوذي ، وعارضة الأحوذي .

٤٥) **سنن الدارقطني :**

لعلي بن عمر الدارقطني ، تحقيق : عبد الله هاشم اليماني ، شركة الطباعة الفنية ، القاهرة ، سنة ١٣٨٦هـ .

٤٦) **سنن الدارمي :**

لأبي عبد الله محمد بن عبد الله بن بهرام الدارمي ، طبع بعناية محمد أحمد دهمان ، دار إحياء السنة النبوية .

٤٧) **سنن البيهقي (السنن الكبرى) :**

لأبي بكر محمد بن الحسين بن علي البيهقي ، مصورة عن الطبعة الأولى ، دار الباز للنشر ، مكة .

٤٨) **سنن النسائي (المجتبي) :**

لأبي عبد الرحمن احمد بن شعيب النسائي ، مكتبة البابي الحلبي ط ١ ، القاهرة سنة ١٣٨٣هـ .

٤٩) **سنن سعيد بن منصور بن شعبه الخرساني المكي :**

حققه : حبيب الرحمن الأعظمي ، ط ١ ، سنة ١٣٨٧هـ .

٥٠) **شرح كتاب السير الكبير لمحمد بن الحسن الشيباني :**

لمحمد بن أحمد السرخسي ، تحقيق : د / صلاح الدين المنجد.

٥١) **شرح السنة للبغوي :**

لأبي الحسين بن مسعود الفراء البغوي ، تحقيق : شعيب الارناؤوط / ط ٢ ، المكتب الاسلامي سنة ١٤٠٣هـ .

٥٢) **شرح معاني الآثار :**

لأبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الأزدي ، تعليق : محمد سعيد عبد الخالق ، مطبعة الأنوار المحمدية ، القاهرة .

٥٣) **شرح النووي على مسلم :**

لأبي زكريا محي الدين بن شرف النووي ، المطبعة العصرية ، القاهرة .

٥٤) **صحيح الامام مسلم بن الحجاج :**

للامام مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري .

انظر : شرح صحيح مسلم للنووي .

٥٥) **طبقات ابن سعد (الكبرى) :**

لمحمد بن سعد ، دار صادر ، بيروت .

٥٦) **طبقات السبكي (الكبرى) :**

لتاج الدين أبو نصر عبد الوهاب بن علي السبكي ، تحقيق : د/ عبد الفتاح الحلو ، ود / محمود الطناحي ، مطبعة عيسى البابي الحلبي ، ط ١ ، سنة ١٣٨٥هـ ، القاهرة .

٥٧) **عارضة الأحوذي شرح سنن الترمذي :**

لأبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي المالكي ، مطبعة دار العلم للجميع ، بيروت .

٥٨) **العذب الفائض شرح عمدة الفارض :**

لإبراهيم بن عبد الله بن ابراهيم الفرضي ، دار الفكر ، بيروت .

٥٩) **فتح الباري شرح صحيح البخاري :**

لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني .

انظر : الجامع الصحيح للإمام البخاري .

٦٠) **فتح القدير شرح الهداية :**

لكمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف (بابن الهمام) ط ١ ، مصطفى البابي الحلبي ، سنة ١٣٨٩هـ، القاهرة .

٦١) **القاموس المحيط :**

لمجد الدين بن محمد بن يعقوب الفيروزآبادي ، ط ٢ ، سنة ١٣٧١هـ مصطفى البابي الحلبي ، القاهرة .

٦٢) **قواطع الأدلة في أصول الفقه :**

لأبي المظفر السمعاني، مخطوط برقم (٦٢٧) فيض الله افندي تركيا .

٦٣) **قوانين الأحكام الشرعية :**

لمحمد بن أحمد بن جزي الغرناطي المالكي ، الناشر : دار العلم للملايين ، بيروت .

٦٤) **الكافي في فقه أهل المدينة :**

لأبي عمر يوسف بن عبد البر النمري ، تحقيق : د / محمد أحمد الموريتاني ، ط ١ ، سنة ١٣٩٨هـ .

٦٥) **الكامل في ضعفاء الرجال :**

لأبي أحمد عبد الله بن عدي الجرجاني ، ط ٢ ، سنة ١٤٠٢هـ ، دار الفكر ، بيروت .

٦٦) **كشف الأسرار عن أصول البزدوي :**

لعلاء الدين عبد العزيز أحمد البخاري ، ط ٢ ، الناشر : دار الكتاب العربي ، بيروت .

٦٧) **كنز الدقائق مع شرحه تبيين الحقائق :**

لأبي البركات عبد الله بن أحمد المعروف بحافظ الدين النسفي .

٦٨) **كتاب فضائل الصحابة :**

للإمام أحمد بن حنبل الشيباني ، تحقيق : وصي الله بن محمد عباس

الناشر : مركز البحث العلمي ، جامعة أم القرى بمكة المكرمة ، ط ١ سنة ١٤٠٣هـ .

٦٩) **لسان الميزان :**

لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، مصورة عن الطبعة الأولى سنة ١٩٧١م بيروت .

٧٠) **لسان العرب :**

لابن منظور المصري ، جمال الدين بن محمد بن مكرم الأنصاري طبعة مصورة عن بولاق ، الدار المصرية للتأليف والنشر .

٧١) **اللباب في الجمع بين السنة والكتاب :**

لأبي محمد علي بن زكريا المنبجي ، تحقيق : د/ محمد فضل عبد العزيز المراد ، الناشر : دار الشروق ، جدة ، ط ١ ، سنة ١٤٠٣هـ .

٧٢) **المبسوط :**

لشمس الأئمة السرخسي ، ط ٣ ، بالأوفست سنة ١٣٩٨هـ ، دار المعرفة ، بيروت .

٧٣) **مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر :**

لشيخ زاده ، ط ١ ، سنة ١٣٠٩هـ ، تركيا .

٧٤) **مختصر الطحاوي :**

لأبي جعفر أحمد بن محمد الطحاوي ، دار الكتاب العربي ، القاهرة سنة ١٣٧٠هـ .

٧٥) **مختصر القدوري (مع الجوهرة) :**

لأبي الحسين أحمد بن محمد القدوري .

٧٦) **مختصر المزني (مع الأم) :**

لأبي إبراهيم إسماعيل بن يحيى المزني .

انظر : الأم .

انظر : الحاوي .

٧٧) **المستدرك على الصحيحين :**
لأبي عبد الله الحاكم النيسابوري ، الناشر : دار الكتاب العربي بيروت .

٧٨) **المسند (المتن) :**
للإمام أحمد بن حنبل ، دار صادر ، بيروت .

٧٩) **مصنف ابن أبي شيبة (الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار) :**
لعبد الله بن محمد بن أبي شيبة ، تحقيق : عامر العمري الأعظمي ، الناشر : مختار أحمد الندوي ، الدار السلفية ، بومباي ، الهند .

٨٠) **المصنف :**
لأبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني ، تحقيق : حبيب الأعظمي / ط ١ ، سنة ١٣٢٢هـ .

٨١) **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي :**
لأحمد بن محمد بن علي الفيومي ، الناشر : المكتبة العلمية ، بيروت .

٨٢) **معالم السنن على سنن أبي داود :**
لأبي سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم الخطابي .
انظر : سنن أبي داود .

٨٣) **المغني شرح مختصر الخرقي :**
لأبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ، تحقيق د / عبد الله التركي ، و د/ عبد الفتاح الحلو ، ط ١ ، دار هجر للطباعة والنشر ، سنة ١٤٠٦هـ ، القاهرة .

٨٤) **مغني المحتاج شرح المنهاج :**
لمحمد الشربيني الخطيب ، مكتبة مصطفى البابي الحلبي ، القاهرة ، سنة ١٣٧٧هـ .

٨٥) **المنتقى شرح الموطأ :**
لأبي الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي ، ط ٢ ، دار الكتاب العربي ، بيروت .

٨٦) **المنتقى من السنن المسندة عن رسول الله ص :**
لأبي محمد عبد الله بن علي بن الجارود النيسابوري ، تعليق : عبد الله هاشم يماني ، ط ١ ، سنة ١٣٨٢هـ ، مطبعة الفجالة ، القاهرة .

٨٧) **المنهاج مع شرحه مغني المحتاج :**
لأبي زكريا محي الدين بن شرف النووي ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، القاهرة .

٨٨) **الموطأ (مع المنتقى) :**
للإمام مالك بن أنس إمام دار الهجرة .
انظر : المنتقى شرح الموطأ .

٨٩) **المهذب :**
لأبي إسحاق إبراهيم الشيرازي الشافعي ، مصطفى البابي الحلبي ط ٣ ، سنة ١٣٨٦هـ ، القاهرة .

٩٠) **نصب الراية لتخريج أحاديث الهداية :**
لجمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف الزيلعي ، الناشر :

المكتبة الإسلامية ، ط ٢ ، سنة ١٣٩٣هـ ، استانبول .

٩١) **النكت في المسائل المختلف فيها بين الشافعي وأبي حنيفة**

لأبي إسحاق إبراهيم بن علي الفيروزآبادي الشيرازي ، مخطوط رقم (١١٥٤) مصور عن أحمد الثالث .

٩٢) **نهاية المحتاج شرح المنهاج :**

لشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي ، مكتبة مصطفى البابي الحلبي ، القاهرة ، ط ١ سنة ١٣٨٦هـ .

٩٣) **الهداية (مع فتح القدير) :**

لبرهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني ، ط ١ ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، القاهرة .

ثانياً : الأحاديث والآثار

طرف الحديث	رقم الصفحة
انهما وقفا بتّاً بتلا .... (أثر عن عمر وعلي)	٢٤٤
إنهم لم يفارقونا في جاهلية ولا إسلام	٣٩١
إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم	٣٣١
أيما مسلم قتل كافراً فله سلبه	٣٧٦
تصدق بثمره واحبس أصله لايباع ولايورث	٢٤٦
تصدق على فقراء قرابتك أُبّي وحسان	٢٧٤
جاء محمد ﷺ بإطلاق الحبس (أثر عن شريح) .	٢٤٦
الجار أحق بصقبه .	١٧٣ ، ١٧٤
الجار أحق بشفعته ينتظر به إن كان غائباً .	١٧٣
جار الدار أحق بالدار .	١٧٢
الخال وارث مَنْ لا وارث له يعقل عنه ويرثه .	٣٠٠ ـ ٣٣٤
الخراج بالضمان .	٧٢
الخليط أحق من الشفيع .	١٧٤
رأيت عبد الله بن مسعود وأتاه رجل بصرة مختومة ...	
(أثر عن ابن مسعود)	
رفع القلم عن ثلاثة	٢٨٥
الشفعة فيما لم يقسم .	١٧١ ، ١٧٢
صل مَنْ قطعك ، واعف عمن ظلمك .	٣٤٧
العائد في هبته كالعائد في قيئه .	٢٦٠

ثالثاً : الأعلام

العلم	رقم الصفحة
(أ)	
إبراهيم بن ميسرة .	١٧٣
أبيّ بن كعب .	٢٧٢ ، ٢٧٣ ، ٢٧٤
أحمد بن حنبل .	٢٩٣
آدم ـ عليه السلام ـ .	٢٨٤
أرقم بن أبي الأرقم .	٢٤٥
السدي (إسماعيل بن عبد الرحمن) .	٣٩٦
أمية بن صفوان .	٦٤
أنس .	١٧٢ ، ٢٤٤
أيوب .	٢٤٤
أبو أمامة الباهلي .	٦٥
أبو بكر الصديق رضي الله عنه .	٤٢ ، ٢٤٢ ، ٢٦٥ ، ٢٨٩ ، ٣١٠، ٣٩٠
	٣٩٣, ٣٩٤, ٣٩٧
أبو بكر بن عبد الله بن محمد بن عمرو بن حزم .	٢٤٨
أبو حاتم .	٢٥٩
أبو حنيفة .	١ ,١٠. ٢٠. ٨١. ١٢٧. ١٥٨. ١٨٥. ١٩٤.
	٢١٩, ٢٣٤. ٢٣٥. ٢٣٨. ٢٤٣. ٣٦٠.
	٢٦٣, ٢٩٧, ٣٠٥, ٣١٠, ٣١٨.
	٣٢٩ ، ٣٦٧

رابعاً : فهرس الأشعار والرجز

		رقم الصفحة
سبقتكم الى الإسلام طُرّاً غلاماً ما بلغـــتُ أوان حلمي	علي بن أبي طالب	٢٨٩
أجارتنا بيني فإنك طالقه كذاك أمور الناس تغدو وطارقه	الأعشى	١٦٤
إذا جوزيت فاجـزه إنما يجزى الفتى ليس الجمل	لبيد	٢٥٨
.. كقابض ماء لم تحُزه أنامله .. (عجز بيت)	ضابي البرجمي	٢٦٦

خامساً : فهرس الكتب الواردة في المخطوط

اسم الكتاب	المؤلف	رقم الصفحة
الأسرار	أبو زيد الدبوسي	٨١
الأمالي	أبو زيد الدبوسي	٩٠ ، ٩١
البرهان	للمؤلف	٣٠١
التعليق	للمؤلف	٣٧٦
الجواهر	--	٨٢
الزهرة	محمد بن داود الأصفهاني	٢٨٩
سنن أبي داود	--	٢٥٤، ٢٩٩، ٢٧٦،
		٣٧٧، ٣٩٠
سنن الترمذي	--	٣٠٠
صحيح البخاري	--	٢٤٥ ، ٢٧٣
صحيح مسلم بن الحجاج	--	٢٩٣
فرائض ابن اللبان	--	٣٠٢
فضائل الصحابة	أحمد بن حنبل	٢٩٣
معالم السنن	أبو سليمان الخطابي	٣٠٢

فهرس المسائل الواردة في الكتاب

رقم الإيداع بدار الكتب المصرية ١٠٧٧٧ / ٩٥
الترقيم الدولى ٨ - ٧٢ - ٥٢٥٤ - ٩٧٧